Die dingliche Wirkung des an Order gestellten Lagerscheins.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Erich Laube

Referendar am Kgl. Landgericht in Hirschberg i. Schl.

Hirschberg i. Schl. 1913

Druck der Schlesischen Gebirgs-Zeitung, Poststraße 7/8.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Inhalts-Uebersicht.

Literaturverzeichnis.

Adler, K., Das österreichische Lagerhausrecht. Berlin 1892.

Adler, K., Warrants, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Alexander, Der Erwerb des Besitzes und des Eigentums am Lagergut durch Vermittlung des an Order lautenden Lagerscheins. Diss. Leipzig 1907.

Beyerlein, Besitzerwerb durch Konnossement. Diss. Straßburg 1896.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des BGB., 1903.

Biermann, traditio ficta. Stuttgart 1891.

Boyens, Das deutsche Seerecht II. Leipzig 1901.

Brunner, Die Wertpapiere in Endemanns Handbuch des HR., Bd. 2.

Brunner, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 22, „Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Wertpapiere".

Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. Berlin 1880.

Cohn, Die dingliche Wirkung des Orderlagerscheins. Diss. Heidelberg 1911.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1910.

Darreye, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. Diss. Heidelberg 1907.

Denkschrift zum Entwurfe des neuen HGB.

Dernburg, Pandekten 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1901 und 1904.

Dühringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1905.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867.

Feige, Das Lagergeschäft über gestohlene Waren und der Diebstahl am Lagerschein. Diss. Jena 1911.

Fuld, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89, S. 405.

Gareis, Deutsches Handelsrecht.

Gierke, Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorffs Enzyklopädie. 6. Aufl. Bd. 1.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. Jena 1897.
Gierke, Deutsches Privatrecht II. Leipzig 1905.
Göder, Das Lombardgeschäft, insbesondere durch Verpfändung mittels Lagerscheins. Diss. Breslau 1912.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 1868/69.
Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. 3. Aufl., 1, 1,1. 1891.
Hauke, Das geltende deutsche Recht des Lagerscheins. Diss. Heidelberg 1911.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. In der Festschrift für Felix Dahn. Breslau 1905.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. 1901.
Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. 1906.
Juristische Wochenschrift. 1904.
Kempner, Die Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung. Diss. Breslau 1910.
Kohler, Der dingliche Vertrag. In seinen gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.
Kohler, Vertrag und Uebergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 18.
v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier. Berlin 1901.
Lange, Das Lagerrecht. Diss. Leipzig 1902.
Lehmann, Karl, Handelsrecht, Leipzig 1912.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich II. Berlin 1901.
Lieser, Das Lagergeschäft und der Lagerschein. Diss. Erlangen 1899.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1906/07.
Mayer, Robert, Die Verpfändung mittels Lagerscheins nach deutschem Reichsrecht, ihre Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung. Diss. Breslau 1912.
Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. München 1909.
Meyer, Herbert, Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen. Jena 1903.
Pappenheim, Transportgeschäft nach dem Entwurf eines HGB. Leipzig 1896.
Pappenheim in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 42.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. III, 1906.
Protokolle der zweiten Kommission zum BGB.
Schaps, Das deutsche Seerecht, Berlin 1909.
Schnabel, Der Rechtserwerb an gestohlenen Waren mittels Lagerscheins sowie der Erwerb auf Grund des gestohlenen Lagerscheins. Diss. Breslau 1912.
Staub, Kommentar zum HGB. 1900, 06, 10.
Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 1901.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. Bd. III.

Strohal, Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Rechte. 1885.

Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 29, 31, 38.

Thöl, Das Handelsrecht. 1869/70.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1906.

Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht. Karlsruhe 1903.

Wolff, Martin, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 58, S. 622.

I.

Allgemeines über den Lagerschein.

Der Lagerschein wird vom Lagerhalter ausgestellt, d. h. demjenigen, der gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt (§ 416 HGB.). Der Lagerhalter ist zur Ausstellung eines Lagerscheins nicht verpflichtet, wie denn auch eine solche Ausstellung nicht etwa erst die Haftung des Lagerhalters begründet.[1]) Auch ohne daß ein solcher Lagerschein ausgefertigt ist, haftet der Lagerhalter dem Einlagerer auf Grund des zwischen beiden abgeschlossenen Lagergeschäfts, das eine besondere Art des Verwahrungsvertrages (BGB. §§ 688 ff.) darstellt.

Der Lagerhalter verpflichtet sich in der Urkunde, dem Berechtigten das gelagerte Gut unter den in den Schein aufgenommenen Bedingungen gegen Rückgabe desselben auszuhändigen. Der Lagerschein kommt als Namens-, Order- und Inhaberpapier vor. Beim Namens- oder Rektalagerschein besteht die Verpflichtung des Lagerhalters zur Auslieferung der gelagerten Güter gegenüber dem in der Urkunde namentlich Bezeichneten oder dessen Zessionar. Diesem können vom Lagerhalter gemäß § 404 BGB. sämtliche Einwendungen entgegengesetzt werden, die zur Zeit der Abtretung gegen dem Einlagerer begründet waren. Ist das Lagergeschäft in der Weise abgeschlossen worden, daß Einlagerer und Destinatar nicht dieselbe Person sind, so liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor (BGB. §§ 328 ff.). Der Dritte erwirbt ein Forderungsrecht gegen den Lagerhalter mit der Aushändigung der Urkunde an ihn. Lautet der Lagerschein auf den jeweiligen Inhaber, so unterliegt er den Vorschriften des BGB. §§ 793 ff. über Inhaberschuldverschreibungen. Während die eben genannten Arten des

---

[1]) Lehmann, Lehrbuch S. 192 ff.

Lagerscheins frei ausstellbar sind, bedarf die Ausgabe von Orderscheinen staatlicher Ermächtigung (§ 363 Abs. II HGB.). Der Lagerschein an Order interessiert in der Abhandlung allein. Im Orderlagerschein verpflichtet sich der Lagerhalter, die gelagerten Güter an den skripturmäßig Legitimierten herauszugeben.

Die Geltendmachung der im Lagerschein enthaltenen Forderung auf Herausgabe des gelagerten Gutes ist also von dem Besitze des Scheines abhängig, dieser gehört demnach zu den Wertpapieren. Zu solchen ist nämlich nach dem Vorgange von Brunner eine Urkunde „über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist", zu zählen.[2])

Die Bedeutung des Orderlagerscheins, der übrigens allein im Gesetz Regelung erhalten hat, gibt § 424 HBG. an. Danach hat, wenn das Gut vom Lagerhalter übernommen worden ist, die Uebergabe des Scheins an denjenigen, welcher durch die Urkunde zur Empfangnahme des gelagerten Gutes legitimiert ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes selbst. Das Gesetz gibt also nicht direkt die Wirkung an, die die Uebergabe der Urkunde nachsichziehen soll, sondern begnügt sich damit, auf die Wirkungen zu verweisen, die die Uebergabe des Gutes nach den gesetzlichen Regeln hervorbringt. Aus dem Wortlaut des § 424 HGB. ergibt sich, daß die Uebergabe des Scheins dingliche Wirkung hat. Nach dem Sprachgebrauch des HGB. versteht man unter Rechten an einer Sache Sachenrechte, wie sie das dritte Buch des BGB. regelt; das revidierte HGB. hat an dem Sprachgebrauch des BGB. nichts ändern wollen, einer der Gründe der Revision des Handelsgesetzes war ja, die Uebereinstimmung beider Gesetzbücher herbeizuführen.[3])

Der Paragraph normiert für das Reichsrecht das sog. Einscheinsystem. Bei diesem wird nur ein Schein ausgestellt, der der Uebertragung sämtlicher Rechte sowohl des Eigentums als auch des Pfandrechts dient. Landesrechtlich ist jedoch durch Art. 16 EG. HGB. das sog. Zweischeinsystem aufrecht erhalten. Nach diesem werden, wie schon der Name besagt, zwei Scheine ausgestellt, von denen der eine ausschließlich zum Zwecke der Verpfändung der gelagerten Waren benutzt wird, der andere der Uebertragung der anderen dinglichen Rechte dient.

---

[2]) Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. 2, S. 147.
[3]) Denkschrift zum HGB. S. 189.

Der wirtschaftliche Grund für die dem Lagerschein an Order von § 424 HGB. zuerteilte Funktion ist darin zu suchen, daß der Handelsverkehr die möglichste Bestrebung zeigt, die großen Gütermassen — man denke an den Handel mit Massenprodukten der Land- und Forstwirtschaft, des Montanbetriebes, der Industrie — über die täglich und stündlich im Großhandelsverkehr Geschäfte abgeschlossen werden, zu mobilisieren, so daß der Kaufmann nicht genötigt ist, die Waren bei jeder Eigentumsübertragung oder Verpfändung aus dem Lagerhaus herauszunehmen. Durch den Gebrauch des Lagerscheins werden auf diese Weise Zeit und Kosten erspart. Der Lagerschein gehört demnach im Verein mit Konnossement und Ladeschein (§§ 647, 450 HGB.) zu den sogenannten Transportpapieren.[4]) Brunner definiert sie folgendermaßen: „Sie sind einerseits Forderungspapiere, denn sie dienen zur Ausübung einer Forderung auf Auslieferung der in der Urkunde verzeichneten Waren, haben aber auch sachenrechtliche Funktion, indem die Begebung des Papieres denselben dinglichen Effekt erzielen kann, welchen die Uebergabe der Ware selbst äußern würde.“[5])

Der Satz, daß gewisse Papiere mit dinglicher Wirkung ausgestattet seien, hat nicht immer gegolten.[6]) Im Anfang des 19. Jahrhunderts hat in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis der Satz, daß „das Konnossement die Waren repräsentiere“ oder „der Konnossementsempfang dem Besitzerwerb gleichstehe“ oder daß eine „symbolische Tradition“[7]) vorliege, als Handelsgewohnheitsrecht Anerkennung gefunden. Als man aber unter Savignys Einfluß zur römischen Besitzlehre zurückkehrte, trat ein völliger Umschwung ein. Es wurde die Besitzübertragungswirkung des Konnossements sowie der ihm verwandten Wertpapiere und damit auch nach dem damaligen Stande der gemeinrechtlichen Auffassung die sonstigen dinglichen Wirkungen dieser Papiere einfach geleugnet, und man suchte alle für diese Institute geltenden Rechtssätze rein obligatorisch zu konstruieren.[8]) So ist es erklärlich, daß man bei der Redaktion des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches sich gegenüber der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere sehr ablehnend verhielt und nur mit Mühe der Art. 649

[4]) Brunner in ZHR. 22, 526.
[5]) Brunner, Wertpapiere, S. 150, 151.
[6]) Vgl. Heymann S. 136.
[7]) Exner S. 153, Biermann, traditio ficta, S. 47, 80, 96, 273.
[8]) Thöl § 80.

durchgedrückt werden konnte, der wenigstens dem an Order lautenden Konnossement dingliche Wirkung zusprach.

Diese mangelhafte Regelung, die die Transportpapiere, Konnossement, Lagerschein und Ladeschein, im alten HGB. gefunden hatten, suchten Theorie und Praxis auszugleichen. Namentlich Goldschmidt und Exner traten energisch für die dingliche Natur der genannten Papiere ein. Sie gingen beide in ihren Untersuchungen vom Konnossement aus, als dem Hauptvertreter dieser Art von Papieren, doch waren die von ihnen gefundenen Ergebnisse auch für den wesensverwandten Ladeschein von Bedeutung.

Goldschmidt[9]) behauptete, daß der Schiffer Detentor der ihm übergebenen Waren sei, und zwar deteniere er das Gut für den, der ihm einst als rechtmäßiger Besitzer der ausgestellten Urkunde entgegentreten werde. Der Ablader oder jeder sonstige Papierinhaber sei daher in der Lage, durch Begebung des Konnossements und dahingehenden Vertrag Detention, juristischen Besitz, Eigentum, Pfandrecht an einen Dritten zu übertragen. „Die Konnossementsbewegung ist so Bewegung der Waren-Detention und nur dieser.“[10])

Exner[11]) erklärte die Konnossementswirkung abweichend von Goldschmidt ohne die Verwertung von Besitz und Detention.

Nach ihm ist das Konnossementsgeschäft niemals Tradition, kann aber unter Umständen den vertragsmäßigen Erwerb dinglicher Rechte für den Destinatar begründen. Exner scheidet streng das immer vorhandene obligatorische von dem mitunter in dem Geschäft mitenthaltenen dinglichen Element. Ersteres besteht in der Begründung eines obligationenrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Frachtführer und dem Destinatar bezw. dessen Rechtsnachfolger. Dieses Verhältnis wird durch die Einhändigung des vom Schiffer gezeichneten Konnossements an den Destinatar perfekt und ist seiner Natur und Wirkung nach analog der durch Akzeptation eines an fremde Order lautenden Wechsels zwischen dem Akzeptanten und Remittenten entstehenden Obligation. Es entspringt daraus für den das Konnossement detenierenden Destinatar bezw. Indossatar, ein direkter persönlicher Anspruch gegen den Frachtführer auf Herausgabe der Ware, analog der Wechselklage gegen den Akzeptanten. Das Verhältnis des Destinatars

[9]) Goldschmidt, Handbuch des HR., § 73.
[10]) Goldschmidt S. 723.
[11]) Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 207 ff.

zur Ware ist dem Schiffer gleichgültig. Dritten Besitzern sowie dem Absender gegenüber liegt der Fall anders. Hier kommt es darauf an, ob durch den Empfang des Konnossements neben dem erwähnten obligatorischen auch eine dingliche, sich unmittelbar auf die Sache beziehende Berechtigung entstanden ist. Ist der Wille der Parteien darauf gerichtet, so ist der Uebertragung des Konnossements eine solche dingliche Wirkung immer beizulegen. Dies ist aber mit Rücksicht auf die im Seeverkehr herrschenden Anschauungen immer vorauszusetzen, wenn die Warensendung aus einer causa erfolgt, die auf die beiderseitige Absicht, einen dinglichen Vertrag zu vollziehen, schließen läßt. Im Falle eines Verkaufs wird der Destinatar im Augenblick des Konnossementsempfanges Eigentümer der Ware, wofern der Veräußerer sich nicht das Eigentum ausdrücklich vorbehalten hat.

Nach Exner ist „die Konnossementsübertragung eine vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrages,“[12]) die in der Einhändigung einer über das verfrachtete Vertragsobjekt in der durch Handelsgebrauch festgestellten Form errichteten Urkunde besteht. Sobald der im Zusammentreffen des animus accipiendi et transferendi gegebene dingliche Vertrag in diesem Akte verkörpert auftritt, hört er auf, ein „nudum pactum“ im Sinne einer rechtlich nicht durchgreifenden Verabredung zu sein, er wird zur vollwirksamen, rechtserzeugenden Tatsache. „Die Entwickelung des Instituts des Konnossements ist eine vom römischen Recht äußerlich und innerlich unabhängige, die parallel geht der Entwickelung der Order- und Inhaberpapiere, in denen eine Obligatio inkorporiert und dadurch frei übertragbar gemacht wird, mit ihr aber nicht identifiziert werden darf. Was das obligatorische Element anlangt, so ist das Order-Konnossement wie jedes Orderpapier zu behandeln, aber seine dingliche Wirkung verdankt es nicht dieser Eigenschaft. „Zur Form des dinglichen Vertrages wird das Institut des Konnossements erst dadurch, daß dieses Papier als Träger nicht bloß eines obligatorischen Rechts oder eines Komplexes solcher Rechte, sondern einer dinglichen Berechtigung erscheint: das zu bestellende dingliche Recht selbst ist in dem Konnossement „inkorporiert“ und frei transferibel gemacht, so daß es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Uebernahme des Papiers erworben wird. Dieser Erwerb steht dem durch Tradition rechtlich gleich und ist

[12]) S. 208.

durchaus nach den über vertragsmäßige Bestellung dinglicher Rechte im allgemeinen geltenden Grundsätzen zu behandeln: der Empfänger des Konnossements wird Eigentümer oder Pfandberechtigter unter denselben Voraussetzungen, unter denen er es durch Apprehension des Sachbesitzes geworden wäre, und mit denselben Wirkungen."

Während Goldschmidt die dingliche Wirkung des Konnossements auf der Grundlage der römischen Besitzlehre aufzubauen versuchte, faßte Exner das Institut als eine neue Einrichtung, als Gewohnheitsrecht des Handelsstandes auf. Brunner prägte für Konnossement, Lager- und Ladeschein den Ausdruck „Traditionspapiere"[13]) und wies in seiner Untersuchung über die fränkisch-romanische Urkunde darauf hin, daß die Keime des heutigen Traditionspapieres sich bereits in der fränkisch-romanischen carta vorfänden, deren Begebung zur Uebertragung der Rechte, auf die sie lautete, diente. Die Theorie Goldschmidts ist jedoch die herrschende geblieben. Unter ihrem Einfluß wurde von der Praxis der Artikel 649 a. HGB. auch auf Lager- und Ladeschein ausgedehnt.

Die Theorie Goldschmidts hat sich allerdings nicht rein erhalten, sondern manche Neuerung erfahren. So lehrte Dernburg[14]) auf dem Boden der Goldschmidtschen Theorie stehend, daß der Konnossementsbesitzer deshalb als Besitzer der schwimmenden Waren anzusehen sei, weil er mit Bestimmtheit auf die Verfügung über die Waren nach Ankunft des Schiffes zählen könne. Dernburg wich mit seiner Lehre insofern von Goldschmidts Theorie ab, als er das Erfordernis des Detentionswillens des Schiffers für den jedesmaligen Papierinhaber verneinte.

Heute ist die dingliche Wirkung des Lagerscheins durch § 424 HGB. endgültig positiv festgestellt. Damit sind die Streitigkeiten über das Prinzip selbst zum Schweigen gebracht, nicht aber die Erklärungsversuche dieses Prinzips.

---

13) ZHR. Bd. 22, S. 525 ff.

14) Dernburg, Pandekten I, 2, § 178, S. 22.

II.

Der Besitzerwerb am Lagergut durch Erwerb des indossierten Lagerscheins.

a) Besitzverhältnisse am Lagergut im allgemeinen.

Die Besitzverhältnisse am Lagergut an und für sich gehören zu denen, welche § 868 BGB. aufführt. „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)." Das Lagergeschäft ist nun, wie schon erwähnt, eine besondere Art des Verwahrungsvertrages, die aber für sich keine besonderen Besitzregeln in Anspruch nimmt. Demnach sind die Vorschriften des BGB. auf das Verhältnis zwischen Einlagerer und Lagerhalter anzuwenden. Der Lagerhalter ist unmittelbarer, der Einlagerer mittelbarer Besitzer, welch letzterer wieder Eigen- oder Fremdbesitzer sein kann (§ 872 BGB.). Uebertragen wird der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870 BGB.).

b) Besitzerwerb durch Vermittlung des Orderlagerscheins.

aa) Die verschiedenen Theorien.

Aendert sich nun dieses Verhältnis zwischen Lagerhalter und Einlagerer, wenn ein Lagerschein ausgestellt wird und nun nicht mehr der Einlagerer als solcher, sondern nur der durch den Schein als zur Geltendmachung der Forderung auf Herausgabe des gelagerten Gutes Legitimierte die Waren dem Lagerhalter abfordern kann?

Wimpfheimer[15]) ist der Ansicht, daß durch die Ausstellung eines Lagerscheins Modifikationen in dem Besitzverhältnisse zwischen Lagerhalter auf der einen und dem Einlagerer sowie dessen Rechtsnachfolgern auf der andern Seite hervorgerufen würden. An und für sich genügten zur Erklärung der Besitzverhältnisse am Lagergut und der Uebertragung des Besitzes an demselben mittels des Orderlagerscheines die §§ 868, 870 BGB. Denn da der Herausgabeanspruch einzig und allein auf dem Lagerschein beruhe, so werde mit der Uebergabe des Lagerscheins offenbar der Herausgabeanspruch abgetreten, und damit ginge zugleich gemäß § 870 BGB. der mittelbare Besitz auf den Erwerber des Scheins über. Mit dem Augenblicke des Besitzverlustes an den Waren durch den Lagerhalter höre aber eine Erklärungsmöglichkeit durch die §§ 868, 870 BGB. auf. Denn damit sei der mittelbare Besitz des Papierinhabers verloren gegangen, letzterer sei dadurch außerstande durch Papierbegebung mittelbaren Besitz weiter zu übertragen. Da hier eine Erklärung der Besitzübertragung nach den Vorschriften des BGB. nicht möglich sei, gleichwohl die Papierbegebung der Uebergabe des Gutes in § 424 HGB. gleichgesetzt werde, so bleibe nur übrig anzunehmen, daß § 424 HGB. den Zweck habe, einen nicht vorhandenen Besitzübergang des Gutes zu fingieren.[16]) Wimpfheimer geht bei der Begründung dieser seiner Ansicht von dem einheitlichen Gedanken aus, der die moderne Gesetzgebung beherrsche: moderne Gesetze pflegten sich nicht zu wiederholen. Sollte § 424 HGB. nur besagen, daß Eigentum an den Waren durch die in der Scheinbegebung liegende Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werde, so würde § 424 HGB. nur eine Wiederholung des § 931 BGB. darstellen. Das dürfe aber aus dem schon erwähnten Grunde nicht angenommen werden. § 424 HGB. müsse demnach etwas Neues bringen, und dieses Neue könne nur darin liegen, daß das Eigentum an den gelagerten Waren von vornherein nicht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931), sondern nach § 929 BGB. übertragen werden solle.

Eine solche Fiktion anzunehmen, ist nach Heymann unzulässig[17]). Denn zunächst bietet der Wortlaut der Bestimmungen über die Traditionspapiere (§§ 424, 450, 647 HGB.) für diese Auffassung keinen

[15]) Wimpfheimer S. 36.
[16]) Ebenso Beyerlein S. 15 ff.
[17]) Heymann S. 153 ff.

Anhalt. Es wird in ihm ausdrücklich bestimmt, daß mit der Begebung des Papiers „Rechte am Gute“ erworben würden. Gewiß ist der Besitz ein dingliches Recht, aber er fällt nicht unter die „Rechte an Sachen“, die nach ganz fester Terminologie des neuen Reichsrechts nur dingliche Vollrechte umfassen. Auf einen älteren Sprachgebrauch kann man sich dabei nicht berufen, weil die Fassung der Bestimmungen neu ist. Auch im Wege einer ausdehnenden Interpretation der Paragraphen darf man nicht zu einer Annahme eines Falles des fiktiven Besitzes gelangen. Denn einerseits liegt jeder äußere Anlaß hierzu fern, andererseits widerspricht eine solche Annahme eines fiktiven Besitzes dem heutigen Reichsrecht, das überhaupt das Institut des fiktiven Besitzes nicht kennt. „Unter fiktivem Besitz ist ein Verhältnis zu verstehen, bei dem die rechtlichen Besitzfolgen (das ius possessionis) eintreten, ohne daß irgendwelche tatsächliche Gewalt (der natürliche Besitztatbestand) gegeben ist“[18]). Einer solchen Annahme eines fiktiven Besitzes steht diametral § 854 BGB. gegenüber, der für den Besitzer einer Sache die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache fordert. Ist die tatsächliche Gewalt nicht mehr vorhanden, so dauert nicht etwa das ius possessionis fort, bis es von einem vom Gesetz mit diesen Folgen ausgestatteten neuen raumzeitlichen Vorgang aufgehoben wird, — das fordert aber das Wesen des fiktiven Besitzes — sondern es stehen und fallen die Besitzfolgen (Interdikte, Besitzklagen) mit dem Bestehen und dem Fortfall der tatsächlichen Gewalt. Denn Interdikte und Besitzklagen können nicht auf einem fiktiven Besitz, also einem bloßen Gedankengebilde, aufgebaut werden, weil es eine begriffliche Unmöglichkeit darstellen würde[19]).

Das Argument Wimpfheimers, § 424 HGB. müsse etwas Neues bringen, weil sich moderne Gesetze in der Regel nicht zu wiederholen pflegten, ist m. E. zurückzuweisen. Denn zunächst braucht dieser „Regelfall“ nicht gerade bei § 424 HGB. vorzuliegen und wenn doch, so ist damit noch nicht gesagt, daß sich dieses Neue gerade auf den Besitzerwerb beziehen müsse. Viel näher liegt der Gedanke, daß § 424 HGB. gegenüber den zahlreichen Meinungsverschiedenheiten des gemeinen

---

[18]) S. 154.

[19]) O. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4. Im Ergebnis ebenso Dernburg, BR. III, § 18. Pand. S. 411. Cosack, HR. S. 474 ff., 536 ff. Schaps, Seerecht zu § 647. Boyens Seerecht II, S. 239. Gierke, dt. Pr. R. II, S. 233.

Rechts endgültig Klarheit schaffen wollte und daß deshalb eine Wiederholung nichts Ueberflüssiges darstellt.

Auch Düringer-Hachenburg[20]) verwenden bei der Erklärung des § 424 HGB. den Fiktionsgedanken, allerdings in nur beschränktem Maße, insofern als sie ihn nur für den Fall des Erwerbs von Rechten an dem Gute als von dem Gesetze aufgestellt wissen wollen. In gleicher Weise operiert Cosack mit einer Fiktion.[21]) Er führt aus, daß, wenn der Empfänger ein eigenes Recht gegen den Lagerhalter erworben habe, er nur mittelbarer Besitzer des Gutes geworden sei. Sei jedoch ein Orderlagerschein ausgestellt, der den Empfänger als solchen formell legitimiere, so werde der Empfänger vom Gesetz (§ 424 HGB.) so behandelt, als wäre er nicht mittelbarer, sondern unmittelbarer Besitzer des Gutes geworden. Doch sei dies nur eine für den an Order gestellten Lagerschein aufgestellte Sonderregel, die auf Rekta- und Inhaberlagerscheine keine Anwendung finde. Eine solche, wenn auch nur teilweise Verwendung des Fiktionsgedankens, ist aus dem schon angeführten Grunde zu verwerfen.

Im Gegensatz zu den Verfechtern der Fiktionstheorie ist jedoch die Mehrzahl der Schriftsteller der Ansicht, daß auf das Verhältnis zwischen Lagerhalter einerseits und Einlagerer und dessen Rechtsnachfolger andererseits auch bei Ausstellung und Begebung eines Lagerscheins an Order die Vorschriften der §§ 868, 870 BGB. nach wie vor Anwendung finden. Makower ist allerdings der einzige, der diese Ansicht ausführlicher darstellt und zu beweisen versucht.

Nach Makower[22]) bedeutet das Wort „Uebergabe" im HGB. Uebertragung sowohl des unmittelbaren als auch des mittelbaren Besitzes, wie aus den §§ 369 II, 370 II HGB. hervorgehe. Demnach sei unter „Uebergabe des Lagerscheins" in § 424 jede Besitzübertragung und nicht bloß körperliche Uebergabe zu verstehen. Nun komme in § 424 das Wort „Uebergabe" zweimal vor. Da das erstemal die mittelbare Besitzübertragung als miteinbegriffen zu erachten sei, so sei anzunehmen, daß die „Uebergabe des Gutes" in § 424 HGB. einen anderen Sinn als im BGB. § 929 habe, daß sie gleichbedeutend sei mit „Besitzübertragung überhaupt". Wenn nun das der Fall sei, so müsse die Besitzübertragung durch Papierbegebung

---

20) Kommentar Bd. 3. Anm. III 2 zu § 424 HGB.
21) Cosack, HR. 1910, S. 536.
22) Makower, Kommentar zum HGB. S. 1471–73.

der Besitzübertragung gleichgestellt werden, die ihr am ähnlichsten sei. Das sei aber die Uebertragung mittelbaren Besitzes. (§§ 930, 931 BGB.).

Makowers lückenhafte Beweisführung kann m. E. einer kritischen Beurteilung nicht Stand halten. Makower baut seine Beweisführung auf der Behauptung auf, daß dasselbe Wort im selben Paragraphen die gleiche Bedeutung haben müsse, ohne jedoch für die zwingende Notwendigkeit dieser Behauptung einen Grund angeben zu können. Nun ist es nicht einzusehen, warum denn diese Doppelbedeutung eines Wortes in demselben Paragraphen eine Unmöglichkeit darstellen sollte[23]). Makower hat jedenfalls nicht nachgewiesen, daß die gegenteilige Ansicht etwas Unzulässiges wäre. Ebenso vermißt man bei Makower die Angabe eines stichhaltigen positiven Grundes für die Behauptung, daß unter der Uebergabe des Scheines jede Uebergabe zu verstehen sei, zumal anderwärts vielfach die Meinung vertreten wird, daß die Papierbegebung nur unter Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Urkunde vor sich gehen dürfe[24]). Lehmann-Ring[25]) wollen nur eine körperliche Uebergabe des Papiers gelten lassen, und auch Schaps[26]) führt in seinem Kommentar aus, daß es mit der Eigenschaft des Konnossements als eines Präsentationspapieres unvereinbar sei, die tatsächliche Uebergabe desselben durch die Uebergabe-Surrogate der §§ 930, 931 BGB. zu ersetzen. Ganz soweit geht Heymann[27]) nicht; er wendet sich nur gegen die Besitzübertragung des Lagerscheins mittels constitutum possessorium und der reinen Vindikationszession ohne mittelbare Besitzverschaffung an der Urkunde.

Jacobi[28]) baut die Besitzübertragung des § 424 HGB. auf dem Uebergang des mittelbaren Besitzes auf. Bei ihm verkörpert sich die tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers über die Sache darin, daß dieser „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Sicherheit auf die Verfügung über das Gut selbst rechnen könne.“ Jacobi schließt sich hiermit der früher geäußerten, jetzt aber nicht mehr wiederholten Meinung Dernburgs[29]) betreffend den Besitzerwerb durch Konnossement an. Zur

---

23) Heymann, S. 177.
24) Vgl. hierzu auch Alexander S. 26.
25) Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. § 424 Nr. 9.
26) Schaps, Kommentar zum HGB. § 647 Anm. 6.
27) Heymann S. 178.
28) Jacobi, Wertpapiere S. 274.
Jacobi, das Wertpapier als Legitimationsmittel S. 69, 70.
29) Dernburg, Bd. I, Teil 2, S. 22.

Uebertragung des mittelbaren Besitzes des Scheininhabers genüge die Begebung des indossierten Papiers, in dem ja der Herausgabeanspruch verkörpert ist.

Die Theorie Jacobis bringt uns unserem Ziele, der Erklärung des Problems des § 424, schon näher. Es wird jedoch nötig sein, genauer festzustellen, wie sich die Lagerscheinforderung zu dem mittelbaren Besitz des Urkundenbesitzers verhält. Ausgangspunkt für diese Erörterung ist auch hier der mittelbare Besitz.

bb) Eigene Ansicht.

1. Erklärung des Wesens des mittelbaren Besitzes.

Der Besitzesbegriff des BGB. lehnt sich an den des römischen Rechts eng an, weist aber zugleich starke Spuren der deutschrechtlichen Gewere auf[30]). Er haftet an der Sachherrschaft (§ 854 BGB.), wird jedoch seinem Umfange und seiner Artenbildung nach von dem Gedanken der deutschen Gewere bestimmt. Römischen Ursprungs sind die selbständigen Besitzschutzklagen, für die es im deutschen Rechte keinen Raum gab, deutschrechtlich ist die Publizitätswirkung des Besitzes.

Das BGB. stellt als Erfordernis des Besitzes die „tatsächliche Gewalt" über die Sache auf. Dieses sinnfällige Machtverhältnis ist jedoch nur dann Besitz, wenn es einen derartigen tatsächlichen Zustand darstellt, der eine dauernde und selbständige Herrschaft über die Sache gewährleistet. Ob das im einzelnen der Fall ist, bestimmt sich nach den Verkehrsanschauungen. Der Besitz ist demnach kein äußerlich wahrnehmbares Verhältnis, sondern eine nur geistig erschließbare Beziehung einer Person zu einer Sache. „Nur das geistige Auge vermag zu durchschauen, ob eine sinnfällige tatsächliche Gewalt Besitz oder unselbständige Innehabung ist.[31]) Ebenso ist nur geistig zu erkennen, inwieweit eine tatsächliche Herrschaft, die sich als Besitz darstellt, besteht oder fortbesteht, ohne daß eine körperliche Innehabung der Sache gegeben ist.

Aus diesem Grunde kann sich die Rechtsordnung des Besitzbegriffes bemächtigen und sie hat es auch getan, indem sie den Erwerb und Verlust des Besitzes regelt, und hat so den Besitz zum Rechtsverhältnis umgestaltet. Der Besitz als ein Rechtsverhältnis ist der Artenbildung fähig. Das BGB. kennt einen Eigen- und einen Fremdbesitz, einen

---

30) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 211 ff.

31) a. a. O. S. 213.

unmittelbaren und einen mittelbaren Besitz. Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, jeder andere ist Fremdbesitzer. Gierke redet in dem Falle von einem „Lehnbesitz“.

Das BGB. führt allgemein den Gedanken durch, daß mit dem unmittelbaren Besitz des einen ein gleichzeitiger Besitz eines anderen vereinbar ist, der dem unmittelbaren Besitzer gegenüber die Stellung des Besitzherrn einnimmt (§ 868 BGB.), der sogenannte mittelbare Besitz. Auch der mittelbare Besitzer ist wahrer Besitzer, auch er übt eine tatsächliche Gewalt über die im unmittelbaren Besitze eines anderen stehende Sache aus. Die nach § 854 BGB. für den Besitz erforderliche tatsächliche Gewalt besteht für den mittelbaren Besitzer in der Anerkennung seiner Sachherrschaft durch den unmittelbaren Besitzer, der ja vom mittelbaren Besitzer seinen Lehnbesitz ableitet und in seinem Besitze durch diesen beschränkt wird und ihm nach Erledigung seiner Sachherrschaft die Sache herauszugeben hat. Diese Herausgabepflicht, der auf der anderen Seite ein Herausgabeanspruch entspricht, ist zur Herstellung eines mittelbaren Besitzverhältnisses allein noch nicht ausreichend. Es genügt nicht, daß jemand aus einem beliebigen Grunde die Sache einem anderen herauszugeben hat. So macht der Dieb den bestohlenen Eigentümer nicht zum mittelbaren Besitzer der entwendeten Sache. Der unmittelbare Besitzer muß vielmehr durch seinen Besitz gleichzeitig eine f r e m d e Sachherrschaft vermitteln. Das tut er aber nur, wenn er als „Lehn“besitzer die Sache als zu einem fremden Wirtschaftskreise gehörig ansieht und damit rechnet, daß die Sache einmal dorthin wieder zurückkehrt[32]).

Aus § 870 BGB. ergibt sich, daß das Hauptmerkmal des mittelbaren Besitzes der Herausgabeanspruch ist; denn mit seiner Abtretung gilt auch der mittelbare Besitz als übertragen[33]). Schwierigkeiten in der Person des tatsächlichen Gewaltinhabers können sich nicht ergeben. Denn da er die Sache nicht als zu seinem Wirtschaftskreise gehörig ansieht, kann es ihm gleichgültig sein, ob ein Wechsel in der Person des Herausforderungsberechtigten stattgefunden hat; für ihn genügt, daß er sie überhaupt einmal herausgeben muß.

Der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers ist obligatorischer Natur, kein d i n g l i c h e s, die Sache selbst ergreifendes Recht.

---

[32]) Heymann S. 157.

[33]) Vgl. hierzu Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. 38, § 3, S. 16 ff., 29, S. 367 ff., 31, S. 39 ff.

Dem mittelbaren Besitzer kann zwar ein solches dingliches Recht zustehen, aber auf diesem dinglichen Recht beruht dann nicht seine Rechtsstellung als mittelbarer Besitzer. Diese entspringt vielmehr aus dem besonderen Verhältnis, in das er zum unmittelbaren Besitzer als Vermieter, Verpächter usw. getreten ist.

Was nun die Besitzübertragung mittels indossierten Lagerscheines am Lagergut anlangt, so ist zu sagen, daß dafür zwar nicht § 870 unmittelbar, aber doch ein ähnlicher Vorgang in Betracht kommt.

2. Besitzübertragung durch Vermittlung des indossierten Lagerscheins.

aa) **Das Indossament.**

Zunächst ist in Kürze eine Darstellung des Indossaments zu geben. Weder im HGB. noch in der WO. findet sich eine Definition des Begriffes des Indossaments, er wird vom Gesetz als bekannt vorausgesetzt. Das Indossament ist ein auf das Orderpapier gesetzter Uebertragungsvermerk und dient der Sicherung des gutgläubigen Erwerbs an in gewissen Papieren verkörperten Rechten in gleicher Weise, wie es die öffentlichen Register für den Erwerb an Sachen tun. Ueber seine juristische Natur herrscht in der Literatur Streit.[34]) Die einen behaupten, das Indossament sei ein der Zession wesensgleicher Vorgang, so Staub, Bernstein, Budde, Ladenburg, die anderen sehen in ihm ein ganz eigenartiges Rechtsinstitut, so Cosack, Kuntze und Gareis.

Letzterer Meinung dürfte der Vorzug zu geben sein. Der zwischen Indossant und Indossatar geschlossene Vertrag berührt den Aussteller des Papiers in keiner Weise. Die Wirkung des Indossaments, zu dem natürlich die Uebergabe des indossierten Papiers hinzutreten muß, obwohl dies der Paragraph nicht erwähnt, gibt § 364 HGB. an. Danach gehen alle Rechte aus dem Papier über, d. h. der Indossatar erwirbt nicht die Rechte, die sein Vormann besessen hat, sondern originär die Rechte, die die Urkunde verbrieft. D. h. einmal, daß nur die Rechte aus dem Papier erworben werden, nicht aber gehen etwaige Nebenrechte, wie Pfänder oder Bürgschaften, mangels besonderer Abrede mit über, dann aber, daß, Redlichkeit des Indossatars vorausgesetzt, die Rechte des Erwerbers nicht etwa durch einen Mangel, der in der

[34]) Wimpfheimer S. 42.

Person des Vormannes liegt, beeinflußt werden. Das Indossament überträgt also das Forderungsrecht in seinem skripturmäßigen Bestande[35]).

§ 364 Abs. II HGB. zählt die Einwendungen auf, die überhaupt gegen den redlichen Indossatar möglich sind. Es sind ihrer drei Arten[36]). Erstens die Einwendungen, die die Gültigkeit der Erklärung in der Urkunde betreffen; dahin gehören mangelnde Geschäftsfähigkeit, mangelnde Vertretungsbefugnis des Ausstellers. Diese Einwendungen richten sich gegen den Bestand der Obligation als solcher und brauchen nicht aus der Urkunde ersichtlich zu sein. Ebenfalls fallen hierunter die Einwendungen aus dem Mangel der Willenserklärung wie Irrtum, Zwang, Betrug. Staub[37]) will hier aber nur die Einwendungen gelten lassen, welche „aus dem Gesichtspunkt eines Verkehrspapieres diese Wirkung verdienen." Das wären aber nur die Einwendungen, „durch welche geltend gemacht wird, man habe überhaupt eine Urkunde der betreffenden Art nicht unterschreiben wollen." Wimpfheimer[38]) bemerkt hierzu, daß Staub dem § 119 Abs. I BGB. einen Begriff von wesentlichem Irrtum subintelligiere, der dem Paragraphen aber unbekannt sei. Für das HGB. sei durch Art 2 EG. HGB., das BGB. als Maßgabe für die im HGB. nicht ausdrücklich geregelten Materien aufgestellt, dazu gehöre aber die Irrtumslehre; außerdem zeuge gegen Staub dessen eigene Autorität. Im Bd. I seines Kommentars zum HGB. schreibe Staub ausdrücklich, daß „die allgemeinen Rechtsgrundsätze, mit denen sich das HGB. überhaupt nicht beschäftigt, so die Wirkungen des Irrtums, Betrugs, Zwangs, Scherzes, dem BGB. zu entnehmen" seien. Danach muß also auch die in rem wirkende Einwendung der nicht empfangenen Ware, trotz der durch die scheinbare Bedingung des § 424 HGB. „wenn das Gut vom Lagerhalter übernommen ist" statuierten Ausnahme zurückgewiesen werden, weil hier nur ein Irrtum im Motiv vorliegt. Dieser Kondizionalsatz berührt lediglich die dingliche Seite der durch Indossament vermittelten Lagerscheinübertragung, ist aber ohne Einfluß auf die Gültigkeit der in den Schein aufgenommenen Verpflichtungserklärung des Lagerhalters, der

35) Vgl. auch Lange, Das Lagerrecht S. 67.
36) Staub, Kommentar zum HGB. § 364, Anm. 5.
37) Staub, Kommentar § 364, Anm. 6.
38) Wimpfheimer S. 50, 51.

dies vielmehr auf seine Gefahr tut[39]). Die Einwendung kann sowohl vom Lagerhalter als auch Dritten den Verfügungen des Papierinhabers gegenüber erhoben werden, daß z. B. trotz Indossierung des Scheines Warenbesitz nicht übergegangen sei, da derselbe auf seiten des Lagerhalters nie begründet gewesen sei, nicht aber gegenüber dem obligatorischen Anspruch, für dessen Inhalt und Umfang der Lagerschein als ein skripturrechtliches Wertpapier allein maßgebend ist.

Als zweite Art der Einwendungen werden diejenigen genannt, die sich aus dem Inhalt der Urkunde selbst ergeben[40]). Hierher gehören die Mängel der Form der Urkunde; z. B. wenn die Orderklausel mangelhaft ist oder Rasuren vorhanden sind; oder wenn der Verpflichtungsschein die Quittung über die geschehene Zahlung enthält, die alsdann jedem entgegengesetzt werden kann.

Die dritte Art der Einwendungen umfaßt die, welche dem Schuldner gegenüber dem legitimierten Gläubiger unmittelbar zustehen.[41]) Dem ersten Nehmer des Verpflichtungsscheines gegenüber sind alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse zulässig, auch wenn sie auf Abreden und sonstigen Tatsachen beruhen, die nicht aus der Urkunde selbst hervorgehen. Also namentlich die Einreden der ungerechtfertigten Bereicherung — §§ 812, 821 BGB. —, daß die Geltendmachung des Rechts gegen Treu und Glauben verstoße. Jedem späteren Indossatar können die in seiner Person begründeten Einwendungen entgegengesetzt werden, z. B. die des Vergleichs, der Stundung, ferner die des § 816 BGB., daß nämlich der Indossatar zwar redlich, aber unentgeltlich erworben habe und er daher doch die ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben müßte, da der Vormann zur Verfügung nicht berechtigt gewesen wäre[42]).

Andere Einwendungen als die der drei aufgezählten Arten braucht sich ein redlicher Indossatar nicht entgegensetzen zu lassen.

Ein Indossament kann jeder Geschäftskundige geben, beschränkt Geschäftsfähige können wirksam mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters indossieren.

---

[39]) Vgl. auch JW. 1904 S. 215 für das Konnossement. Goldschmidt, HB. S. 688, RG. 34, S. 79. Makower zu § 364.

[40]) Staub, § 364 Anm. 7.

[41]) Staub, § 364 Anm. 9.

[42]) Staub, § 364 Anm. 10.

Legitimiert zur Geltendmachung der Forderung ist derjenige Inhaber des indossierten Papieres, der sich durch eine bis auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Papiers ausweisen kann (§ 365 Abs. I HGB., Art. 36 WO.).

Das Indossament muß auf der Urkunde oder einer Allonge geschrieben sein (Art. 11 WO.), ein sogenanntes Blankoindossament, d. h. ein Indossament zugunsten eines unbenannten Indossatars auf der Rückseite des Orderpapiers genügt zur Uebertragung (Art. 12 WO.). Nach Art. 13 WO. kann aber die Urkunde auf Grund eines Blankoindossaments auch durch sogenannte Blankotradition, d. i. Uebergabe ohne Indossament, weiterbegeben werden. Neben der Indossierung ist noch ein gültiger Begebungsvertrag erforderlich.

In Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe der Urkunde sollen die Vorschriften des Art. 74 WO. Anwendung finden (§ 365 I HGB.). Danach wird der nach Art. 36 WO. legitimierte Besitzer nur dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn er beim Erwerbe des Wechsels in bösem Glauben war oder ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Er wird also, soweit er in diesen Grenzen redlich gewesen ist, Eigentümer selbst des gestohlenen oder verloren gegangenen Orderpapieres[43]). Der Grund hierfür ist in dem skripturrechtlichen Charakter der Wertpapiere zu sehen. Der Indossatar erwirbt das Recht so, wie es verbrieft ist. Er darf sich darauf verlassen, daß das Recht so und nur so besteht, wie das Papier aussagt.[44]) Dabei ist es ohne Belang, daß der Indossant das Recht nie besessen hat. Dieser vermag, durch die Skriptur zur Uebertragung eines skripturgemäßen Rechts legitimiert, ein Recht zu übertragen, das ihm selbst nicht zusteht. „Den Stoff hierzu schöpft er aus der Rechtssphäre des Ausstellers, der mit dem Papier die Macht zu einer derartigen Verfügung über seine Rechtssphäre in fremde Hand gelegt hat"[45]). Da Art. 74 WO. nur vom Wechsel und den sieben in § 363 HGB. aufgeführten Wertpapieren handelt, die sämtlich skripturrechtlichen Charakter haben, so reicht der durch Art. 74 WO. gewährte Schutz des gutgläubigen Erwerbes tatsächlich weiter als der des BGB. und HGB., so daß selbst Mängel des materiellen Begebungsvertrages durch guten Glauben geheilt werden.

---

[43]) a. A. Dühringer-Hachenburg § 365 Nr. II, 3. S. 455, 456, die die Vorschriften des BGB. und HGB. Anwendung finden lassen wollen.

[44]) Gierke, Privatrecht II S. 125.

[45]) Gierke a. a. O.

bb) **Der Besitzerwerb durch den indossierten Lagerschein.**

Der Lagervertrag ist eine Unterart des Verwahrungsvertrages. Demnach ist der Lagerhalter unmittelbarer, der Einlagerer mittelbarer Besitzer des Lagergutes, § 868 BGB. Die Anerkennung fremder Sachherrschaft hat der Lagerhalter, wenn er einen Lagerschein ausgestellt hat, in diesem Schein niedergelegt, indem er sich verpflichtet hat, dem berechtigten Inhaber dieses Scheines und nur diesem gegen Rückgabe des Scheines die gelagerten Waren auszuliefern. Damit hat der Lagerhalter das Besitzmittlerverhältnis, in dem er kraft des Verwahrungsvertrages zum Einlagerer steht, in dem Lagerschein verkörpert und zwar derart, daß es anderweitig nicht mehr geltend gemacht werden kann. „Die Ausstellung eines Lagerscheins erhöht also nur die Erkennbarkeit der Situation.“[46]) Auf der in den Lagerschein aufgenommenen Verpflichtung des Lagerhalters, die gelagerten Güter dem berechtigten Papierinhaber auszuliefern, baut sich der Herausgabeanspruch des Papierinhabers und damit zugleich sein mittelbarer Besitz und seine tatsächliche Gewalt über die gelagerten Waren auf. Der erstberechtigte Papierinhaber ist der Einlagerer. Begibt nun dieser die indossierte Urkunde an einen zweiten weiter, so entkleidet er sich seines Forderungsrechtes, während der zweite mit dem Empfange des Papiers das Forderungsrecht erwirbt. Auf diese Begebung ist nun nicht § 870 BGB. unmittelbar anwendbar.[47]) Nach § 413 BGB. sind die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen auf die Uebertragung anderer Rechte anwendbar, soweit nicht das Gesetz „ein Anderes“ vorschreibt. Der Besitz ist nach heutigem Rechte ein im Sachenrecht wurzelndes Rechtsverhältnis.[48]) Darüber kann nunmehr kein Zweifel bestehen. Da im Besitzrecht für die Rechtsübertragung „ein Anderes“ nicht bestimmt ist, finden die §§ 398 ff. BGB. auf sie Anwendung. Gemäß § 404 BGB. müßte sich der neue Gläubiger vom Schuldner die Einwendungen entgegensetzen lassen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet

[46]) So Dernburg BR. III S. 61, Planck III § 870 Nr. 1, Staudinger III § 870, 2 und mit ihnen Rob. Mayer S. 9.

[47]) Ebenso Schnabel S. 21 und Rob. Mayer S. 9, a. A. Göder S. 35, der das Indossament von der reinen Zession für nicht so grundverschieden hält, „daß eine Subsumtion beider Uebertragungsformen unter § 870 BGB. bei einer möglichst extensiven Interpretation desselben unmöglich wäre.“

[48]) Gierke, S. 213.

waren. Das Indossament, kraft dessen das Recht aus dem Lagerschein übergeht, ist nun nicht der Zession gleichwertig, sondern hat stärkere Wirkung als diese, wie aus § 364 Abs. II HGB. hervorgeht. Mithin darf § 870 BGB. nicht unmittelbar auf die Begebung des indossierten Lagerscheins angewendet werden. Jedoch findet der dem § 870 BGB. zugrunde liegende Rechtsgedanke seine Verwirklichung auch bei der Uebertragung durch Indossament.[49]) Der Grundgedanke des § 870 ist der: Der Herausgabeanspruch ist das Hauptmerkmal des mittelbaren Besitzes. Wird dieser Anspruch abgetreten, so verliert der Abtretende auch den mittelbaren Besitz, da ja dessen wesentlichstes Moment in der Person des Abtretenden zu existieren aufgehört hat, und geht auf den über, bei dem nun dieses Moment verwirklicht ist. Genau den Tatbestand finden wir, wie eben gezeigt, bei der Uebertragung des indossierten Lagerscheins vor. Der Indossatar ist also mittelbarer Besitzer des Gutes geworden und hat damit auch die tatsächliche Gewalt über dasselbe erlangt. Der Umstand, daß ein Lagerschein ausgestellt worden ist, hat an dem Besitzverhältnisse am Lagergut nichts geändert, die Besitzübertragung durch die Begebung des indossierten Lagerscheins entspricht der durch Zession, enthält dieser gegenüber noch ein Plus,[50]) weil der Indossatar den Herausgabeanspruch originär erwirbt und so eine festere Stellung einnimmt, als der Zessionar, der sich die Mängel im Recht des Zedenten entgegenhalten lassen muß.

[49]) Strohal in Iherings J. 31, 46.
[50]) Heymann, S. 148.

III.

Der Eigentumserwerb am Lagergut durch Vermittlung des Orderlagerscheins.

a) Die im Indossament liegende Einigung.

Jede Uebertragung eines dinglichen Rechts an Fahrnis ist nach den Vorschriften des BGB. an die Uebergabe der Fahrnis und die Einigung der Parteien über das zur Entstehung gelangende Recht geknüpft.

Der Rechtsübergang an einem Orderpapier kann wie beim Rektapapier auf dem durch das bürgerliche Recht vorgeschriebenen Wege erfolgen, die Uebertragung eines Orderpapieres äußert aber in dem Falle keine anderen Wirkungen, als die eines Rektapapiers.[51]) Der Rechtsnachfolger muß sich die Einwendungen entgegensetzen lassen, die zur Zeit des Rechtsübergangs gegenüber seinem Rechtsurheber begründet waren.

Unsere Rechtsordnung zeichnet jedoch für die Rechtsübertragung an einem Orderpapier einen besonderen Weg vor, den der Uebertragung mittels Indossaments. In dem Indossament ist der Uebertragungswille verkörpert. Mit der Indossierung des Papiers an sich hat der Indossant seinen Uebertragungswillen nach außen jedoch noch nicht kundgetan. Dazu bedarf es noch einer gültigen Begebung des indossierten Papiers.[52]) Der Erwerb des Papiers tritt erst dann ein, wenn der im Indossament benannte Indossatar das Papier rechtswirksam hingenommen hat. Das Indossament äußert also im Verein mit der Begebung und Hinnahme der Urkunde für den Erwerb von Rechten an dem Papier und somit auch für den Erwerb von Rechten aus dem Papier dieselben Wirkungen wie die mit der Einigung verbundene Uebergabe einer beweglichen Sache.

---

51) Gierke, Privatrecht S. 147.
52) Gierke a. a. O. S. 148, A. 24.

Wie nun nicht jede Besitzübertragung Eigentum an Fahrnis begründet,[53]) so ist auch nicht jeder durch ein Indossament legitimierte Inhaber eines Orderpapieres Eigentümer desselben geworden. Durch das Indossament kann auch ein Nießbrauch oder Pfandrecht am Papier bestellt werden. Da ein besonderer Zusatz zum Indossament z. B. „zu Pfandzwecken“ oder „zur Einkassierung“ nicht üblich ist, das Indossament sich also auch hier als Vollindossament gibt, wird in diesen Fällen dem Indossatar eine Verfügungsmacht anvertraut, die tatsächlich weiter reicht als sein ihm zugedachtes Verfügungsrecht. Denn der Indossatar ist nur Pfandgläubiger oder Bevollmächtigter geworden, besitzt trotzdem aber die Eigentümerlegitimation und ist so imstande, die Stellung des Treuhänders, die ihm durch das Vollindossament eingeräumt ist, zu mißbrauchen. Keineswegs tritt aber der Eigentumsübergang durch das bloße Indossament unabhängig von einer darauf gerichteten Einigung ein, wie manche, so Laband, Regelsberger, Kohler, Goldschmidt u. a. behaupten. Dieser Auffassung steht, wie Schnabel treffend bemerkt, schon § 1292 BGB. entgegen, der durch die Uebergabe des indossierten Papiers Pfandrecht entstehen läßt, wenn eine dahingehende Einigung vorhanden ist.[54]) Vielmehr hat die Beschränkung des dem Indossatar zu getreuer Hand übertragenen Rechts dingliche Wirkung, so daß dem Indossanten gegen den ungetreuen Indossatar sowie den unredlichen Dritterwerber die Eigentumsklage sowie ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Indossatars zusteht.[55]) Auch der aus dem Papier Verpflichtete kann sich, wenn er das wahre zwischen Indossanten und Indossatar bestehende Verhältnis kennt, auf dasselbe berufen und sich dementsprechend der Einwendungen, die in der Person des Indossanten begründet sind, dem Indossatar gegenüber bedienen.[56]) Umgekehrt kann sich weder Indossant noch Indossatar dem Verpflichteten gegenüber auf das wahre Verhältnis berufen, wenn der Verpflichtete auf Grund der formellen Legitimation des Indossatars diesen als wahren Berechtigten behandelt und ihm z. B. Einwendungen, die in seiner Person begründet sind, entgegensetzt. Indossant und In-

---

[53]) Vgl. hierzu auch Cosack, BR. II S. 358, HR. S. 262.

[54]) Schnabel, S. 26.

[55]) Die Beweislast liegt demjenigen ob, der ein anderes Recht als das Eigentum behauptet, vgl. RG. 5 S. 79, 12 S. 78, Staub, HGB. zu § 363, Karl Lehmann, HR. 665, Boyens, Seerecht II 327.

[56]) Gierke S. 151.

dossatar haben ja die Legitimation des Indossatars als Eigentümers gewollt und müssen deshalb auch die rechtlichen Folgen dieser ihrer rechtserheblichen Handlungsweise tragen.

b) Die Bedeutung des § 424 HGB.

aa) Die verschiedenen Theorien.

Der § 424 HGB. bestimmt, daß die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen hat wie die Uebergabe des Gutes selbst.

Diesen Erwerb von Rechten an dem Gute mittelst Uebergabe des indossierten Papieres zu erklären, sind verschiedene Theorien aufgestellt worden. Es lassen sich dabei zwei Hauptrichtungen unterscheiden. Die Vertreter der einen Richtung wollen die Vorschriften über den Erwerb dinglicher Rechte mittelst Traditionspapieres auf die allgemeinen Grundsätze des BGB. zurückführen: nur soweit durch die Papierbegebung diesen genügt ist, soll die dingliche Rechtsverschiebung sich vollziehen. Heymann[57]) bezeichnet diese Theorie als die relative. Vertreter dieser Richtung sind Cosack,[58]) Schaps,[59]) Boyens,[60]) Düringer-Hachenburg,[61]) Jacobi,[62]) ferner, allerdings stark abgeändert, Hellwig und Makower. Die Vertreter der anderen Richtung lehnen eine solche Zurückführung auf die allgemeinen Grundsätze ab und behandeln die Papierbegebung als eine besondere eigenartige Form des Erwerbs von Sachenrechten. Die Papierbegebung hat absolute Bedeutung für den Rechtserwerb, sog. absolute Theorie. Dieser Standpunkt wird von Strohal, Brunner, Pappenheim, Heymann, Adler, Gareis, Biermann, Staub, Staudinger-Kober vertreten. Lehmann-Ring schließen sich keiner Theorie an. Zwischen beiden Richtungen wird eine Vermittlung angebahnt von Wimpfheimer und von v. Kostanecki.

---

[57]) Heymann, S. 146.
[58]) HR. S. 536.
[59]) Seerecht zu § 647.
[60]) Seerecht II, S. 329.
[61]) HGB. zu § 424.
[62]) Wertpapier als Legitimationsmittel S. 86; ebenso die Dissertation von Lieser und Darreye.

Die typischen Vertreter der relativen Theorie sind Boyens und Schaps.[63]) Letzterer führt in seinem Kommentar zu § 647 HGB. aus, daß der Konnossementsinhaber mittelbarer Besitzer der Waren sei, und zieht ausdrücklich den § 869 BGB. heran. Der Schiffer sei unmittelbarer Besitzer und zwar Fremdbesitzer. Der mittelbare Besitz wird dadurch gebrochen, daß der Schiffer den Fremdbesitz der Güter verliert, was durch Diebstahl, Verlust, Untergang der Güter geschehen könne, oder auch dadurch, daß der Schiffer sich den Besitz selbst aneignet, oder dadurch, daß der Besitz der Urkunde auf eine andere gleichfalls legitimierte Person übergehe, die nicht den Willen habe, für den bisherigen Inhaber zu besitzen, also bei Weiterbegebung oder Diebstahl des Papieres. „Es vertritt somit hinsichtlich der Verfügungsmöglichkeit über die Güter die Urkunde in der Hand des legitimierten Inhabers das Gut selbst. Hierauf beruht die durch den vorliegenden Paragraphen statuierte dingliche Wirkung der Konnossementsübergabe". Die Wirkung der Uebergabe des Papiers sei die, „daß der Kanossementsnehmer an den Gütern dieselben Rechte erwirbt, die er durch die Uebergabe der Güter selbst erworben hätte," also Eigentums- und Pfandrechtserwerb wie durch Uebergabe des unmittelbaren Besitzes, was daraus hervorgeht, daß Schaps die §§ 929, 932, 1205, 1207 BGB. ausdrücklich anführt.

Gierke[64]) vertritt einen ähnlichen Standpunkt, indem er davon spricht, daß die Warenpapiere auf Grund des in ihnen verbrieften Herausgabeanspruchs eine Verfügung über die Waren gewährten, demnach sie in sachenrechtlichen Verhältnissen vertreten könnten: „ihr Besitz vermag daher Sachbesitz zu geben, und ihre Uebergabe ist Mittel der Besitzübergabe." Nach dieser Theorie wird das Gut durch die als Sache gedachte Urkunde repräsentiert. Bei ihr findet eine „Besitzfiktion dem Grade nach" statt, da an Stelle des mittelbaren Besitzes, den die Urkunde gewährt, ein tatsächlich nicht vorhandener unmittelbarer Besitz fingiert wird, soweit der Besitz als Rechtsübertragungsmittel in Betracht kommt. Heymann hat diese Theorie Repräsentationstheorie genannt[65])

[63]) Schaps, Seerecht, S. 506 f.

[64]) Gierke, Grundzüge des HR. in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie I 6, S. 977.

[65]) Heymann, S. 163.

Demgegenüber haben Hellwig und Makower eine andere Auffassung der relativen Theorie vertreten. Heymann bezeichnet sie als streng relative Theorie. Nach ihr gehen die Rechte an den Waren infolge des Konnossements nur insoweit über, als durch sie der für den sachenrechtlichen Erwerb vom BGB. aufgestellte allgemeine Tatbestand erfüllt ist. In Betracht kommt die Vorschrift des § 931 BGB., nach dem das Eigentum übergeht, wenn eine darauf hingehende Einigung zwischen den Parteien vorliegt und der Veräußerer dem Erwerber den Herausgabeanspruch der Sache abtritt. „Mit diesem § 931 hängt aufs engste zusammen § 870 BGB., nach dem sich der delegative Besitzerwerb durch Zession des Restitutionsanspruches gegen den Besitzmittler vollzieht.“[66]) Nach Hellwig ist die durch die §§ 424, 450, 647 HGB. für die Traditionspapiere statuierte dingliche Wirkung keine Singularität; sie „steht jetzt im Einklang mit den allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts,“ weil die Begebung dieser Papiere einen der Vindikationszession des BGB. gleichartigen Tatbestand darstellt, auf Grund deren der Erwerber allerdings nicht den Herausgabeanspruch, wie er beim Veräußerer vorliegt, erhält, aber ihm ein vom Rechte des Vormannes unabhängiger Anspruch auf Herausgabe „verschafft“ wird. Die handelsrechtliche Besonderheit, die darin liege, daß der Erwerb der im indossablen Papier verbrieften Rechte sich teilweise unter abweichenden Normen vollziehe und der gute Glaube des Erwerbers gemäß § 366 HGB. in höherem Maße als nach BGB. §§ 932 ff. geschützt werde, „betreffe nicht das zugrunde liegende Prinzip, sondern lediglich seine Ausgestaltung.“ Hellwig hat seinen Untersuchungen die Vorschriften über das Konnossement §§ 647, 648, 649 HGB. zugrunde gelegt und dabei gefunden, daß vor allen Dingen § 648 HGB. zwar etwas Singuläres gegenüber den allgemeinen Grundsätzen über derivativen Rechtserwerb darstellt, daß er aber „in Einklang mit den Normen“ steht, „welche das Reichsrecht in Abweichung von jenen Grundsätzen über den dinglichen Rechtserwerb aufgestellt hat.“[67]) Makower[68]) hat diese Ansicht an der Hand der §§ 930 ff. BGB. ausführlich dargestellt und daraus die einzelnen Folgerungen für die streng relative Theorie gezogen.

---

[66]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899. S. 345.

[67]) Hellwig, S. 513.

[68]) Makower, Komm. S. 1076 ff. zu § 424 HGB.

Wie schon erwähnt, lehnt die absolute Theorie in der Erklärung des § 424 HGB. ein Zurückgreifen auf die allgemeinen Vorschriften des BGB. ab und sieht in der Begebung des Traditionspapieres eine besondere Art der Rechtsübertragung, die den §§ 932 ff. BGB. nicht unter-, sondern nebenzuordnen ist. Der Rechtserwerb vollzieht sich durch Einigung und Papierbegebung. Es steht also die Papierbegebung in der Wirkung der Uebergabe des unmittelbaren Besitzes in den Fällen völlig gleich, in denen sonst nach den Regeln des BGB. Eigentum und vertragliches Pfandrecht durch Einigung und Uebergabe entstehen. Nach dieser Theorie ist der Rechtserwerb nicht bedingt durch eine gleichzeitige Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an dem Gute, sondern gestaltet sich ganz unabhängig davon. Auch wenn die Waren gar nicht mehr im Besitze des Lagerhalters sind, findet der Rechtserwerb statt. „Die Rechtserwerbsfrage ist von der Besitzfrage völlig losgelöst.“[69])

Naturgemäß gestaltet sich der Rechtserwerb durch Papierbegebung nach den verschiedenen Theorien unter verschiedenen Voraussetzungen. Will man die einzelnen Theorien auf ihre praktische Brauchbarkeit untersuchen, so muß man zunächst vom Eigentumserwerb von seiten des wahren Eigentümers, als dem Normalfall, ausgehen. Vorläufig auszuschalten ist der Fall, daß der unmittelbare Besitzer, also im Tatbestand des § 424 HGB. der Lagerhalter, seinen Besitz freiwillig aufgibt und nach den allgemeinen Regeln ein gutgläubiger Erwerb auf seiten eines Dritten an den Waren stattfindet.

Nach der absoluten Theorie vollzieht sich der Eigentumserwerb an den gelagerten Gütern ohne weiteres durch Einigung und Uebergabe des Papiers.[70]) Die zeitlichen Grenzen, innerhalb deren sich der so geartete Erwerb abspielt, sind der Augenblick der Uebernahme der Waren durch den Lagerhalter und der ihrer Auslieferung an den legitimierten Papierinhaber.

Nach der Repräsentationstheorie[71]) ist dagegen ein Eigentumserwerb an den Waren von dem Moment an ausgeschlossen, in dem

---

69) Heymann, S. 161.

70) Heymann, S. 166 ff.

71) Dühringer-Hachenburg, Bd. II § 363 Note IV, § 364 Note III d, Bd. III § 424 Note III, Biermann, Sach.-R. § 936 Anm. 1, § 934 Anm. 2, Cosack, HR. § 135 III, 2, Schaps, S. 506. Karl Lehmann, HR. S. 538. Lieser, § 23. Lange, S. 63 f.

der Lagerhalter an den Waren den Besitz verloren hat. Denn hier kann Eigentum nur unter der Bedingung übertragen werden, daß der Erwerber den mittelbaren Besitz vom Veräußerer auf Grund der Papierbegebung erlangt. Erhält im Falle des Besitzverlustes der Lagerhalter den Besitz der Waren nachträglich zurück, so wird der zurzeit legitimierte Papierinhaber mittelbarer Besitzer und erwirbt demgemäß Eigentum. Man muß jedoch unterscheiden: Ist der jetzige legitimierte Papierinhaber unmittelbarer Rechtsnachfolger dessen, der zur Zeit seines ordnungsmäßigen Papierbesitzes noch mittelbarer Warenbesitzer und demzufolge Eigentümer derselben gewesen war, so erwirbt der jetzige ordnungsmäßig legitimierte Papierinhaber das Eigentum in dem Zeitpunkt, in dem an den Lagerhalter der unmittelbare Besitz zurückkehrt. „Denn es wird zum Eigentumserwerb genügen, wenn der nicht besitzende Eigentümer sich mit dem Erwerber einigt und diesem später den Besitz verschafft.“[72]) Ist jedoch bis zum Zeitpunkt der Rückkehr der Waren an den Lagerhalter das Papier durch mehrere Hände gegangen, so erwirbt der derzeitige Papierberechtigte zwar ebenfalls das Eigentum zum angegebenen Zeitpunkt, aber in dem Falle vom Nichtberechtigten, da die Zwischenmänner infolge des Mangels des mittelbaren Besitzes nicht Eigentümer der Waren geworden waren. Es muß also in dem Falle noch als ein weiteres Erfordernis zur Erfüllung des Eigentumserwerbstatbestandes der gute Glaube des Papierinhabers in dem Augenblick hinzutreten, in dem dieser mittelbarer Besitzer der Waren wird. Der Eigentumserwerb vollzieht sich in den beiden angeführten Fällen nach § 929 bzw. § 932 BGB., weil ja die Repräsentationstheorie bei Vorhandensein des mittelbaren den unmittelbaren Besitz fingiert.

Da die Repräsentationstheorie bei endgültigem Besitzverlust des Lagerhalters einen Eigentumserwerb überhaupt nicht annehmen darf, kann sie sich nur damit helfen, daß sie hier, ebenso wie für den Eigentumserwerb der Zwischenindossatare, eine Vindikationszession annimmt.

Die Erfordernisse der Vindikationszession sind einerseits die Einigung des Zedenten und Zessionars, daß Eigentum übertragen und erworben werden solle, andererseits die Abtretung des dinglichen sich

---

72) Heymann, S. 166. — Im Gegensatz zur streng relativen Theorie, bei der das Eigentum im Augenblick der Abtretung übergeht; im Gegensatz auch zur absoluten Theorie.

gegen jedermann richtenden Herausgabeanspruchs auf die Sache. Steht dem Zedenten außerdem ein obligatorischer Herausgabeanspruch zu, z. B. wenn er mittelbarer Besitzer ist, so muß auch dieser abgetreten werden (allerdings bestritten).[73]) Man darf das Vorliegen einer Vindikationszession nur dann annehmen, wenn diese von den Parteien beabsichtigt ist. Schon Goldschmidt[74]) bemerkt in seinem Handbuch des Handelsrechts zum alten HGB., daß eine Vindikationszession nicht ohne weiteres fingiert werden dürfe, da für die Annahme einer an sich zulässigen Vindikationszession die Begebung des Konnossements nicht den geringsten Anhalt böte. Eine von den Parteien beabsichtigte Vindikationszession wird aber in den seltensten Fällen als vorliegend zu erachten sein, nämlich nur dann, „wenn ihnen der Besitzverlust bekannt oder doch wenigstens als Möglichkeit von ihnen nach Lage der Sache berücksichtigt wird.“[75]) Uebrigens ist die Vindikationszession in den angeführten Fällen von den Vertretern der Repräsentationstheorie nicht verwertet worden — wie Heymann bemerkt —, vielmehr ist gerade als eine begriffswesentliche Folgeerscheinung dieser Theorie das Versagen der Wirkungen des Traditionspapieres in den Fällen betont worden, in denen es sich um einen Besitzverlust des Lagerhalters handelt.

Auch Lehmann,[76]) der sich nicht zur Repräsentationstheorie bekennt, ist der Ansicht, daß mit dem Besitzverlust des Lagerhalters der Lagerschein seine sachenrechtliche Wirkung einbüßt, aber er setzt ausdrücklich hinzu, daß doch noch nach dem BGB. ein Eigentumserwerb durch Abtretung des Vindikationsanspruches eintreten könne.

In solche Schwierigkeiten gerät man nicht, wenn man sich der streng relativen Theorie anschließt. Sie gebietet eine „analoge“ Anwendung der Vindikationszessionsbestimmungen des BGB. und kann gemäß § 931 BGB. bei Papierbegebung stets Eigentum übergehen lassen. Zweifelhaft ist die Frage in dem Fall, wenn die Waren dem Lagerhalter derartig abhanden gekommen sind, daß sie überhaupt in niemandes Besitz sich befinden. Die einen lassen auch in dem Falle Eigentumserwerb eintreten, so Kohler, Archiv 18, 88, Buhl, Recht der beweglichen Sachen S. 60, nach anderen, namentlich Planck

73) Biermann, Sachenr. S. 139.

74) I, 2, S. 706.

75) Heymann, S. 167.

76) Lehmann-Ring, § 424 Nr. 7.

(zu § 931), Cosack (Lehrb. II § 199, I, Ic), Biermann, kann sich die Uebereignung in dem Falle nicht vollziehen.[77])

Da die streng relative Theorie den Eigentumserwerb auf der Vindikationszession aufbaut, so muß nach ihr im Gegensatz zur absoluten Theorie dem Verpflichteten auf Grund des § 986 Abs. II BGB. gestattet sein, dem legitimierten Papierinhaber die Einwendungen entgegenzusetzen, die gegen den Vormann desselben begründet waren. Letzterer Paragraph darf nur insoweit keine Anwendung finden, als „ihm die durch die Ausstellung eines Verfügungspapiers übernommene selbständige Verpflichtung des Papierverpflichteten gegenüber dem jedesmaligen Papierberechtigten entgegensteht."[78]) Makower hat übrigens noch im einzelnen ausgeführt, daß, wenn der Papierverpflichtete selbst Veräußerer des Gutes ist und das Eigentum daran durch Papierbegebung überträgt — ein Fall, der in der Praxis selten vorkommen wird —, die Vorschriften des BGB. über das constitutum possessorium § 930 bezw. § 933 BGB. Anwendung finden.

Ist der Veräußerer ein Nichtberechtigter, so tritt sowohl nach der absoluten als auch nach der Repräsentationstheorie der gutgläubige Erwerb auf Grund des § 932 BGB. ein, jedoch mit dem Unterschied, daß nach der absoluten Theorie der Eigentumserwerb völlig losgelöst von der Besitzfrage vor sich geht, während nach der Repräsentationstheorie Verschaffung des mittelbaren Besitzes das unumgängliche Erfordernis des Erwerbes ist, bei dessen Vorliegen alsdann der unmittelbare Besitz des Papierinhabers fingiert wird und der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer entsprechend der Anwendung des § 929 nach § 932 BGB. eintritt. Aus der Notwendigkeit der Verschaffung des mittelbaren Besitzes auf Grund des Papiers folgt für die Repräsen-

---

[77]) Die Begründung für die letztere Ansicht ist, daß bei § 931 BGB. ein anderer Tatbestand gegeben ist, als er im fraglichen Falle vorliegt. Bei § 931 besteht auf Grund des Herausgabeanspruchs eine Beziehung zwischen der Person und der Sache, und diese Beziehung kann abgetreten werden und stellt alsdann den Ersatz für die sonst erforderte Übergabe der Sache dar. Im fraglichen Falle fehlt es jedoch an einer Beziehung zwischen Person und Sache, eine Übertragung einer solchen Beziehung ist demnach unmöglich, mithin fehlt das Surrogat für die Übergabe der Sache, es liegt eine bloße Einigung vor, die vom Standpunkt des BGB., als eines Gesetzes, das auf dem Boden des Traditionsprinzipes steht, zu einer Eigentumsübertragung nicht genügen kann. Biermann, Sachenrecht S. 139 Nr. 3.

[78]) Makower zu § 424 IIb 2 a. E., S. 1476.

tationstheorie, daß im Falle eines vorübergehenden Besitzverlustes des Lagerhalters, wenn also der veräußernde Nichteigentümer zugleich Nichtbesitzer war, der Eigentumserwerb erst im Augenblick der Rückkehr der Waren zum Lagerhalter eintreten kann. Denn erst zu dieser Zeit wird der Papierinhaber mittelbarer Besitzer des Gutes, und bis zu dieser Zeit muß sein guter Glaube noch fortdauern. Ist jedoch der Besitzverlust des Lagerhalters ein endgültiger, so müssen auch hier die Grundsätze über die Vindikationszession angewandt werden. Ein Eigentumserwerb wäre nach § 934 BGB. möglich, wenn eine derartige Vindikationszession in der Absicht der Parteien gelegen hat. Der Eigentumserwerb tritt aber auch hier erst im Augenblick der Besitzerlangung von seiten des Dritten ein, sofern der Erwerber, wie im Zeitpunkt der Abtretung des Herausgabeanspruchs, so auch jetzt, im guten Glauben ist. Denn erst die Abtretung des Herausgabeanspruchs verbunden mit der Besitzerlangung läßt das Eigentum in der Person des Erwerbers entstehen.[79]) Mithin muß in beiden Momenten Gutgläubigkeit vorhanden sein. Es genügt jedoch die Erlangung des mittelbaren Besitzes von seiten des Dritten durch constitutum possessorium, denn dem Gesetz liegt der Gedanke zugrunde, daß der Erwerber in der Einräumung des Besitzes, sei es des unmittelbaren oder bloß des mittelbaren, eine Anerkennung des Eigentums des Veräußerers durch den Dritten sehen müsse und daß er in diesem Vertrauen nicht getäuscht werden dürfe.[80])

Das für die Repräsentationstheorie Ausgeführte kann kurz dahin zusammengefaßt werden, daß der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer in allen Fällen im Zeitpunkt der nachträglichen Besitzerlangung eintritt, im Gegensatz zur absoluten Theorie, bei der der Eigentumsübergang unmittelbar mit der Papierbegebung vor sich geht. Das Ergebnis der Repräsentationstheorie ist höchst unbefriedigend, „da der Gutgläubige beim Papierempfang niemals mit Sicherheit wissen kann, wann und ob er überhaupt Eigentum erwirbt.“[81])

Nach der streng relativen Theorie ist ein besonderer auf die Vindikationszession gerichteter Wille der Parteien nicht erforderlich, da ja nach ihr die Grundsätze des § 931 BGB. von vornherein analoge Anwendung finden. Auch hier tritt der Eigentumsübergang erst mit dem nachträglichen Besitzerwerb ein, wenn der Veräußerer nicht im mittel-

79) Biermann, Sachenregister § 934 Nr. 1, S. 143.
80) Protokolle III, 209 ff.
81) Heymann, S. 171.

baren Besitz der Ware ist. Der gute Glaube muß in dem Falle zurzeit der Abtretung des Anspruchs und zur Zeit der Besitzerlangung vorhanden sein. Die streng relative Theorie zeitigt ebenfalls ein unerfreuliches Ergebnis, denn auch hier ist der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs ungewiß, ein Umstand, der m. E. einer Mobilisierung gelagerter Güter nicht gerade förderlich erscheint und dem Traditionspapier einen guten Teil seiner Bedeutung im Handelsverkehr zu nehmen geeignet ist.

Ist der Papiererwerber bezüglich der Rechte Dritter gutgläubig, so erlöschen diese Rechte nach der absoluten Theorie sofort mit der Papierbegebung, auch die des derzeitigen unmittelbaren Warenbesitzers, gemäß § 936 I, Satz 1 BGB., ausgenommen die gesetzlichen Pfandrechte des Lagerhalters; bezüglich dieser kann guter Glaube nicht vorhanden sein, da sich diese Rechte aus der Urkunde selbst ergeben. (§ 936 Abs. II BGB.)[82]) Das Traditionspapier gewährt nach der absoluten Theorie für den gutgläubigen Erwerb lastenfreien Eigentums also völlige Sicherheit.

Da die Repräsentationstheorie Eigentumserwerb nach §§ 929, 932 BGB. eintreten läßt, so erlöschen die Rechte Dritter gemäß § 936 I, Satz 1 BGB. im Falle der Verschaffung des mittelbaren Besitzes an den Papiererwerber ebenfalls. Bei Anwendung der Vindikationszessionsbestimmungen tritt ein Erlöschen etwaiger Rechte Dritter mit der Erlangung des Besitzes ein. Die Rechte des Drittbesitzers bleiben jedoch trotz eines guten Glaubens des Erwerbers bestehen (§ 936 Abs. III).

Nach der streng relativen Theorie erlöschen die Rechte des unmittelbaren Besitzers in keinem Falle (§ 936 Abs. III BGB.), die Rechte sonstiger Dritter im Falle des mittelbaren Besitzes des Veräußerers mit der Abtretung des Anspruchs. Hatte der Veräußerer den mittelbaren Besitz verloren, so tritt ein Erlöschen der Rechte Dritter bei der nachträglichen Erlangung des Besitzes durch den Erwerber ein (§ 936 Abs. I Satz 2 BGB.).

Es bleibt nur noch übrig zu betrachten, wie sich die Pfandrechtsbestellung nach den einzelnen Theorien gestaltet.

Da nach der absoluten Theorie die Rechtsbegründung, die nach den Regeln des BGB. Einigung und Uebergabe erfordert, sich mit der Einigung und Uebergabe des indossierten Papiers vollzieht, so ist eine Pfandrechtsbestellung mittels eines Lagerscheines gültig erfolgt, wenn der Lagerschein dem Pfandgläubiger übergeben und zwischen diesem

---

[82]) Staub, Anm. 33 zu § 365 HGB.

und dem Schuldner der auf eine Pfandbestellung zielende dingliche Vertrag geschlossen ist, entsprechend dem § 1205 Abs. I BGB.

Bei der Repräsentations- sowohl als auch der streng relativen Theorie ist eine Verpfändung mittels Papierbegebung nur dann möglich, wenn der Pfandbesteller im mittelbaren Besitz der Waren ist. Bei der Repräsentationstheorie erfolgt die Verpfändung der gelagerten Waren mittels des Lagerscheins nach § 1205 Abs. I BGB. Fehlt der mittelbare Besitz, so kann, selbst wenn der Wille der Parteien auf eine Anspruchsabtretung gerichtet wäre, eine Pfandbestellung nicht eintreten, weil unser Recht eine Verpfändung mittels Vindikationszession nicht kennt.[83])

Nach der streng relativen Theorie müßte ein Pfand an der Ware mittels Lagerscheins nach § 1205 Abs. II BGB. bestellt werden, und unerläßliches Erfordernis wäre hierbei die Anzeige der Verpfändung an den Lagerhalter.

Wollte man diesem ungünstigen Resultat gegenüber einwenden, daß ja die Verpfändung der Waren mittels Papierbegebung durch uneingeschränktes Vollindossament oder einfaches Blankoindossament erfolge, die Pfandfrage daher gleichgültig sei, da ja jedem Indossatar die Eigentumsvermutung zur Seite stehe, so muß darauf erwidert werden, daß diese Eigentumsvermutung höchstens eine Verschiebung der Beweislast bedeutet. Das „verkappte Pfandindossament" bleibt Pfandindossament, und auch das Blankoindossament dient nach Heymanns Ansicht da, wo es zu Sicherungszwecken erteilt wird, lediglich zur Pfandbestellung und nicht zur Uebertragung bedingten Eigentums.[84]) Wollte man vom Standpunkte der streng relativen Theorie den Einwurf machen, daß mit Rücksicht auf die §§ 1205 Abs. II, 1206 BGB. eine Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer vermieden werden könnte, so muß man dem entgegenhalten, daß alsdann die streng relative Theorie die Ausstellung mehrerer Konnossemente unmöglich machen würde. Die nach § 1206 BGB. erforderliche Verabredung, daß der Schiffer die Ware nur an Eigentümer und Pfandgläubiger gemeinsam ausliefern dürfe, müßte sofort bei der Ausstellung des Konnossements erfolgen. Dann bedürfte es keiner besonderen Anzeige an den Schiffer, wenn die Ware durch Begebung eines Konnossementsexemplares verpfändet wird. Für den Fall der Ausstellung mehrerer Konnosse-

[83]) Vgl. auch Rob. Mayer, S. 11.

[84]) Heymann, S. 173.

mente würde diese Deduktion jedoch versagen, oder es müßte die Warenverpfändung nur mittels Uebergabe sämtlicher Konnossementsexemplare zulässig sein. Damit setzt sich die streng relative Theorie völlig in Widerspruch sowohl mit der Usance, mehrere Konnossemente auszustellen, als auch mit den positiven Vorschriften des HGB., das gerade die Rechtswirkungen der Ausstellung mehrerer Konnossemente auf das eingehendste regelt.

Wird ein Pfandrecht von einem Nichtberechtigten bestellt, so ist guter Glaube zum Pfanderwerb nach allen Theorien im Augenblick der Papierbegebung erforderlich.

Eine Vermittelung zwischen der relativen und der absoluten Theorie suchen Wimpfheimer und v. Kostanecki anzubahnen. Beide empfinden das wenig befriedigende Resultat, das die relativen Theorien zeitigen, wollen sich aber trotzdem nicht der absoluten Theorie anschließen und unternehmen daher einen selbständigen Konstruktionsversuch.

Der sachenrechtliche Erwerb vollzieht sich nach Wimpfheimer[85]) ohne das Erfordernis des mittelbaren Besitzes des Lagerhalters allein durch die Papierbegebung und Einigung zwischen den Beteiligten. Darin stimmt er mit der absoluten Theorie überein. Aber er begründet seine Meinung wesentlich anders. Nach ihm ist die Bedeutung des § 424 HGB. darin zu sehen, daß er die Aufstellung einer Fiktion des unmittelbaren Besitzes bezweckt, der als rechtlicher Besitz dem faktischen gegenübertritt, wenn der Lagerhalter den Besitz verloren hat. Der Eigentumserwerb vollzieht sich demnach nach § 929 bezw. § 932 BGB. Wimpfheimer lenkt also zuletzt in die Bahnen der Repräsentationstheorie ein. Die Wirkungen sind dieselben wie bei der absoluten Theorie: Rechte Dritter erlöschen bei Gutgläubigkeit des Erwerbers, auch die des Lagerhalters, ausgenommen die in § 421 HGB. bezeichneten.

v. Kostanecki[86]) schließt sich zunächst der Goldschmidtschen Detentionstheorie an. Wie Goldschmidt, so nimmt auch er an, daß der Inhaber des Lagerscheins die gelagerten Güter durch den Lagerhalter detenierе. Zu dieser Detention könne sich juristischer Besitz, auch Sachenrechte, gesellen, je nachdem der Inhaber des Lagerscheins durch die unmittelbare Uebergabe des Gutes juristischen Besitz oder ein dingliches Recht am Gut erlangt hätte. Aber neben diesem „Grund- und

---

85) Wimpfheimer, Sachenregister S. 33 ff.

86) v. Kostanecki, S. 30 ff.

Eckstein“ des Detentionsbegriffs nimmt v. Kostanecki einen zweiten Grundbegriff an: das präsumtive Eigentum, das das Traditionspapier gewährt.

Wenn man nämlich nur von dem Detentionsbegriff ausgehe, so bliebe der Eigentumserwerb durch Papierbegebung im Falle des Detentionsverlustes des Lagerhalters unerklärt. Deshalb nimmt v. Kostanecki an, daß zu diesem Grundbegriff der Detention ein zweiter, der Eigentumsbegriff, bei den Traditionspapieren hinzukomme, der sich „dank einem exzeptionellen, nur bei dem Traditionspapier zum Vorschein kommenden Trieb“ von der Dentention loslöse. Es trete zu der positiven Detention des Papierinhabers sowie seinem möglicherweise vorhandenen dinglichen Recht stets das präsumtive Eigentum hinzu, so daß sehr wohl positives und präsumtives Eigentum zusammentreffen könnten, was keinen Widersinn ergebe. Denn das präsumtive Eigentum sei neben dem positiven keineswegs wertlos, sondern gewähre dem Papierinhaber sozusagen ein „festes juristisches Rückgrat.“

Von der Theorie v. Kostaneckis ist zu sagen, daß sie sich gerade im kritischen Moment nicht bewährt.[87]) Ist nämlich dem Lagerhalter die Detention der Waren abhanden gekommen, so greift allerdings hier zunächst das präsumtive Eigentum, das der Schein gewährt, Platz. Aber dieses präsumtive Eigentum kann sich nur solange halten, als nicht das Gegenteil bewiesen ist. Es muß zum Nichteigentum werden, wenn kein „positives“ durch Detention vermitteltes Eigentum ihm zur Seite tritt. Da das aber im Falle des Detentionsverlustes des Lagerhalters ausgeschlossen ist, so kann auch hier nicht Eigentum verschafft werden; v. Kostaneckis Meinung läuft also in letzter Linie auf die relative Theorie mit deren schon dargestellten Unzulänglichkeiten hinaus.

bb) Prüfung und eigene Ansicht.

Die relativen Theorien versuchen den Rechtserwerb auf die allgemeinen Grundsätze über den Sachenrechtserwerb zurückzuführen. Und zwar bauen sie die dingliche Wirkung des Lagerscheines auf den durch diesen vermittelten Besitz auf. Die Repräsentationstheorie kommt dabei, wie gezeigt, zu einer Fiktion eines durch den Schein tatsächlich nicht gegebenen unmittelbaren Besitzes am Lagergut, soweit der Besitz als

[87]) Siehe Heymann S. 147, Anm. 2.

Uebertragungsmittel in Betracht kommt. Es ist in dieser Abhandlung schon früher erörtert worden, daß unser heutiges Reichsrecht den Begriff einer Besitzfiktion nicht kennt, so daß demnach ein Konstruktionsversuch mit diesem Mittel als unzulässig zu erachten ist.

Auch Wolff[88]) verwirft die Traditionsfiktion sowie die Idee, daß das Papier die Ware repräsentiere, als „unbehilfliche Technik einer mit einem ziemlich groben Possessionskorpus arbeitenden Zeit." Er ist jedoch der Meinung, daß die geschichtliche Entwickelung gerade für die sog. Repräsentationstheorie am meisten spricht. Er gibt der Theorie eine neue Grundlage, indem er annimmt, daß relativ, soweit Verfügungen über das gelagerte Gut in Frage kommen, der Lagerhalter zum bloßen Besitzdiener herabsinkt, der Papierinhaber unmittelbarer Besitzer wird. Wolff ist zu entgegnen, daß die Stellung des Lagerhalters viel zu selbständig ist, als daß sie mit der des Besitzdieners identifiziert werden könnte, sei es auch nur bezüglich der Verfügungen über die Ware.[89]) In § 421 HGB. ist von einem „Besitze" des Lagerhalters die Rede; dem Lagerhalter steht ein Pfandrecht an dem gelagerten Gute zu, er hat nur die notwendigsten Maßnahmen des Papierinhabers und zwar nur während seiner Geschäftsstunden im Rahmen des § 418 HGB. zu dulden.[90]) Wolff kann also auch nicht die Repräsentationstheorie retten, zumal auch der Wortlaut des § 424 HGB. für die Repräsentationstheorie keinen Stützpunkt bietet. Im § 424 HGB. hat die Papierbegebung „für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselbe Wirkung wie die Uebergabe des Gutes." Es findet also keine Gleichsetzung der Uebergabeakte als solcher statt. Die Uebergabe nach § 929 BGB. zeitigt zwei Wirkungen: die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes und die des Eigentums.[91]) Der Wortlaut des § 424 besagt nur, daß die Papierbegebung in e i n e r Hinsicht der Uebergabe der Waren gleichgesetzt ist, nämlich hinsichtlich des Erwerbs der Sachenrechte. Danach ist die Begebung des Papieres nur zur Uebertragung von Sachenrechten, Eigentum, Pfandrecht, geeignet, nicht aber zur Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an den Waren. Soll die dingliche Wirkung des Lagerscheins auf den Besitzerwerb zurückgeführt werden, so kann man sie doch nur auf d i e Form des Besitz-

[88]) Wolff in ZHR. 58, 621 fg.
[89]) Vgl. auch Schnabel S. 16.
[90]) Feige, S. 22. — Cohn, S. 33.
[91]) Vgl. auch Alexander S. 46.

erwerbs zurückführen, die wirklich durch die Begebung des Lagerscheins herbeigeführt wird. Das ist der mittelbare Besitz. Bedeutet die „Uebergabe des Gutes" die Verschaffung des mittelbaren Besitzes, so tritt auch nur deren Wirkung ein. Bedeutet sie aber den Erwerb unmittelbaren Besitzes, so enthalten die Bestimmungen in ihrem Wortlaut auch nicht den geringsten Hinweis darauf, daß der Rechtserwerb hier auf den Erwerb mittelbaren Besitzes zurückzuführen ist.[92]) Aber der § 424 HGB. gibt mit seinem Wortlaut „dieselbe Wirkung wie die Uebergabe des Gutes" selbst den Wegweiser, daß die Papierbegebung als solche, ohne Rücksicht auf den Besitzübergang die Wirkung hat, welche sonst der Uebergabe des unmittelbaren Besitzes zukommt.

Gegen die streng relative Theorie sind Gegengründe schon in einem früheren Teil der Abhandlung geltend gemacht worden, soweit sie die eigentümliche Besitzkonstruktion betrafen. (Siehe S. 11) Es ist hier nur noch hinzuzufügen, daß die streng relative Theorie zu ihrer Begründung ausführt, daß in § 424 HGB. „Uebergabe des Gutes" jedenfalls die Uebergabe mittelbaren Besitzes mitumfassen könne, und daß der Ausdruck hier so zu verstehen sei, weil man die Papierbegebung derjenigen Uebertragungsform gleichzustellen habe, die ihr am meisten ähnele (Makower). Wenn man auch zugibt, daß das Wort „Uebergabe" auch die mittelbare Besitzübertragung deckt, „so umfaßt doch dieser Ausdruck nicht die von der streng relativen Theorie hauptsächlich verwertete Vindikationszession nach § 931 BGB., da in dem Tatbestande dieses Paragraphen die mittelbare Besitzübertragung vorhanden sein kann, aber nicht unbedingt sein muß.[93]) Die Vindikationszession darf also nicht unter das Wort „Uebergabe" subsumiert werden.

Die Repräsentationstheorie hat sich offenbar auf den Umstand gestützt, daß den Traditionspapieren als besonderem Rechtsinstitut eine größere Gruppe von Rechtssätzen im BGB. gegenübersteht, die der verwandten Aufgabe der Fahrnisübertragung dienen, und glaubte demnach, es müßte das speziellere Institut den Rechtssätzen des allgemeineren im BGB. untergeordnet werden.[94]) Ein solches Vorhandensein von Rechtssätzen, die einer verwandten Aufgabe dienen, nötigt noch

[92]) Heymann, S. 179.
[93]) Heymann, S. 178.
[94]) Hierfür und das Weitere vgl. Heymann, S. 183 f.

nicht ohne weiteres zu einer Anwendung der allgemeinen Vorschriften. Dafür bietet ein Beispiel der Eigentumserwerb an Schiffen durch bloßen Vertrag ohne die sonst im BGB. immer erforderliche Uebergabe oder eines ihrer Surrogate.

Auch eine äußere Aehnlichkeit der Vorschriften über die Traditionspapiere in Einzelheiten — wie sie Hellwig für die streng relative Theorie verwertet — ist noch nicht genügend, um eine Anwendung der allgemeinen Rechtsregeln des BGB. nötig erscheinen zu lassen. Hellwig findet eine solche Aehnlichkeit im Falle der Ausstellung mehrerer Konnossemente. Hellwig behauptet, daß die „Verschaffung" des Herausgabeanspruchs beim Ordertraditionspapier dieselbe dingliche Wirkung äußert wie eine wirkliche Zession. Demgegenüber muß entgegnet werden, daß diese „Verschaffung" gegenüber der Zession eine stärkere Wirkung hat, was schon früher erwähnt worden ist. Außerdem ist die Aehnlichkeit der Vorschriften über die mehreren Konnossemente mit den allgemeinen Rechtssätzen des BGB. wirklich nicht so groß, wie sie Hellwig hinstellen möchte. Hellwig unterläßt es, im Falle der Eigentumsübertragung auf verschiedene Personen durch Begebung mehrerer Konnossementsexemplare vor Auslieferung der Waren vom Schiffer den Vergleich mit einer doppelten Vindikationszession zu ziehen. Dies wäre auch nicht angängig, denn im Falle einer doppelten Vindikationszession erwirbt der zweite Zessionar keinen Anspruch — denn der des Veräußerers ist durch die erste Zession verbraucht —, im Falle der zweifachen Konnossementsbegebung erwirbt der zweite Papierinhaber einen solidarischen, in der Urkunde verbrieften Herausgabeanspruch. Dagegen zieht Hellwig den Vergleich heran, daß „der Eigentümer eine durch constitutum possessorium veräußerte Sache zum zweiten Male verkauft." Von einer Aehnlichkeit kann man in dem Falle überhaupt nicht reden. Erstens ist der Veräußerer nach der ersten Veräußerung auf Grund des constitutum possessorium im unmittelbaren Besitz geblieben, und dann läßt § 649 HGB. gerade die entgegengesetzte Wirkung eintreten. Es wird nach § 649 HGB. der erste Erwerber, nach BGB. § 932 bei Gutgläubigkeit der zweite Erwerber in seinem Eigentum geschützt. Zieht man § 648 HGB. in Betracht, nach welchem im Fall der Auslieferung der Waren vom Schiffer die Prävention entscheidet, so ist von einer Aehnlichkeit auch nicht viel zu bemerken. Liegt eine doppelte Vindikationszession vor, so erwirbt der zweite gutgläubige Zessionar das Eigentum an der Ware im Augenblick ihrer Aushändigung;

denn es muß § 934, 2. Halbsatz BGB. zur Anwendung gelangen, weil der Zedent im Augenblicke der zweiten Eigentumsabtretung nicht mehr im mittelbaren Besitze war, da er mit dem dinglichen Herausgabeanspruch auch den obligatorischen, der den mittelbaren Besitz vermittelte, abgetreten hat. „Bei der Ausstellung eines Doppelkonnossements erwirbt der zweite Empfänger einen solidarischen Herausgabeanspruch, kein nullum, wie der zweite Zessionar und ist dem Schiffer gegenüber ganz anders legitimiert als bei gewöhnlicher Vindikationszession."[95]) Hingegen ist der zweite Konnossementsinhaber schlechter gestellt als der zweite Zessionar, weil hier der Prätendent das alleinige Eigentum erwirbt, während bei der doppelten Konnossementsbegebung der durch den zweiten Erwerber ausgeschlossene erste Erwerber nur hinter diesem, nicht aber hinter Dritten zurücksteht. Damit wären wohl die relativen Theorien genügend widerlegt worden.[96])

Die absolute Theorie nimmt an, daß § 424 HGB. dem §§ 929 ff. BGB. nebengeordnet ist, also eine besondere, nicht unter die Regeln des BGB. fallende Eigentumsübertragungsart darstellt. Die Uebergabe des Lagerscheins hat für den sachenrechtlichen Erwerb dieselbe Wirkung wie sie sonst die unmittelbare Uebergabe des Gutes selbst hat.

Der Vorläufer der absoluten Theorie ist Exner. Er stellte die Behauptung für die Konnossementsbegebung auf, daß sie eine „vom modernen Handelsverkehr erzeugte neue Form des dinglichen Vertrages" darstelle. Da Exners Theorie im gemeinen Recht Zurückweisung erfahren hat, die absolute Theorie sich aber auf ihr aufbaut, muß die Exnersche Theorie auf ihre Gültigkeit für das heutige Recht untersucht werden.

Der ehemals begründete Vorwurf gegen Exner, daß sich die dingliche Wirkung für das Konnossement, nicht aber für den Lager- und Ladeschein nachweisen lasse, ist heute durch die Bestimmungen der §§ 424, 450, 647 HGB. entkräftet, da hiermit für alle Traditionspapiere die dingliche Wirkung ausdrücklich ausgesprochen wird.

---

[95]) Heymann, S. 184 f.

[96]) Eine besondere Widerlegung der vermittelnden Theorien ist für die Abhandlung nicht von Interesse, es ist bereits nachgewiesen worden, daß sich diese „vermittelnden" Theorien im letzten Grunde doch einer der Haupttheorien anschließen und daß sie daher mit der Konstruktionsmöglichkeit dieser stehen und fallen.

Ein zweiter Vorwurf gegen Exner war der, daß er mit seiner Behauptung eine Anomalie statuiere, daß er einen Sachenrechtserwerb unter Durchbrechung des Traditionsprinzipes lehre. Diesem Einwand konnte Exner schon mit dem Hinweis auf den Eigentumsübergang beim Seeschiffe entgegentreten, und zu dieser Besonderheit des HGB. (§ 474) tritt im BGB. die Bestimmung des § 931 hinzu, die unter grundsätzlicher Ablehnung des Traditionsprinzipes Eigentum lediglich auf Grund der Einigung und der Abtretung des Herausgabeanspruchs übergehen läßt.[97])

Damit ist jeder Vorwurf abgeschnitten worden, der gegen eine Konstruktion auf Grund der Exnerschen erhoben werden könnte, daß sie etwas Neues, allen Rechtsregeln Widersprechendes, für den Sachenrechtserwerb einführe. Die §§ 931 BGB., 474 HGB. sprechen dafür, daß eine Konstruktion, die wie die absolute Theorie einen Erwerb dinglicher Rechte ohne das Erfordernis der Besitzverschaffung gestattet, noch nicht gegen das Bestehen des BGB. verstößt.

Man darf aber nicht gleich so weit gehen wie Kohler,[98]) der behauptet, daß mit der Eigentumsverschaffung durch Begebung der Traditionspapiere die Formlosigkeit des französischen Rechts erreicht sei. Die Traditionspapiere entsprächen, was ihre dingliche Wirkung angehe, nicht einem Form-, sondern einem Legitimationsbedürfnis und würden neben dem formlosen Eigentumsvertrag einhergehen wie die Inhaberpapiere neben dem formlosen Zessionsvertrage. Damit setzt sich Kohler offensichtlich mit dem heute geltenden Recht in Widerspruch, weshalb seine Ansicht abzulehnen ist.

Die absolute Theorie hat zwei Vertreter gefunden, die eine ausführliche Begründung ihrer Ansicht geben: Adler und Heymann.

Adler[99]) sieht in dem Indossament eine Form des Erwerbs dinglicher Rechte einschließlich des Besitzes gleich der Uebergabe, eine Form, mittels derer auch das stärkste dingliche Recht, das Eigentum, übertragen werden kann. Das Indossament sei eine andere Form des dinglichen Rechtserwerbs als die Uebergabe, es wirke teils stärker als diese — auch an gestohlenen Waren könne vom gutgläubigen Indossatar Eigentum erworben werden —, teils schwächer — der gutgläubige Erwerber der durch körperliche Uebergabe an ihn gelangten Waren gehe dem

---

97) Vgl. Alexander S. 56 f.

98) Kohler, Der dingliche Vertrag, S. 20.

99) Adler, Das österreichische Lagerhausrecht S. 170 ff.

Erwerber des Scheins vor. Das Indossament sei nicht Uebergabe. Der durch dasselbe vermittelte Eigentumserwerb sei nicht einer der im Gesetze aufgestellten Eigentumserwerbsarten zu unterstellen, sondern trete als eine neue selbständige ihnen zur Seite. Nach Adler bedarf der durch Indossament bewirkte Eigentumsübergang keiner Konstruktion. Die einzige Erklärung für die dingliche Wirkung des Indossaments liege darin, daß das objektive Recht diese Wirkung gewollt und durch positiven Rechtssatz aufgestellt hat. Die Schlußfolgerung ist bei Adler: „Der Indossatar des Lagerscheins hat an dem Lagergut dasselbe dingliche Recht wie an dem Lagerschein, sofern er nicht durch das dingliche Recht, welches ein anderer nach der Warrantierung ohne Vermittlung des Scheins erworben hat, verdrängt wird. Von diesem Ausnahmefall abgesehen, kann man sagen, daß die Ware rücksichtlich des Erwerbs dinglicher Rechte durch das Papier verkörpert wird. Der Normalfall ist, daß an dem Papier und somit auch an der Ware Eigentum erworben wird." Adler baut also seine Begründung auf dem Indossament und seinem Zweck, auch dingliche Rechte zu übertragen, auf. Nun läßt aber der Wortlaut der §§ 450, 647 HGB. die dingliche Wirkung auch für den Inhaberladeschein und das Inhaberkonnossement zu.[100]) Die Paragraphen bestimmen nur, daß die Uebergabe der Urkunden an den zur Empfangnahme des Gutes Legitimierten die dingliche Wirkung der Uebergabe haben solle. Beim Inhaberpapier ist der Inhaber legitimiert. Wie will Adler diesen Vorgang erklären? Hier ist von einem Indossament nicht die Rede, und doch wird diese Art der Traditionspapiere ganz zweifellos ebenfalls von der in den besagten Paragraphen statuierten dinglichen Wirkung betroffen. Wenn in dem Fall die bloße Uebergabe die sonst geforderte Uebergabe des indossierten Papieres zu ersetzen imstande sein soll, so fehlt dafür die Erklärung, daß auf der einen Seite Indossament und Uebergabe, auf der anderen die Uebergabe allein die dingliche Wirkung äußern könne. Für die Forderung erklärt sich die Uebertragungskraft jener Formen daraus, daß die Forderungen als Wertpapierforderungen in der Urkunde verbrieft sind. Adler kann nun nicht eine einfache Analogie zwischen beiden Uebertragungsarten behaupten, weil bei ihm jeder Beweis dafür fehlt, daß ebenso wie beim Inhaberpapier die Forderung, so auch bei den Traditionspapieren das Eigentumsrecht an den Waren verkörpert ist. Da dieser Beweis fehlt, versagt Adlers Theorie gegenüber dem Inhaberladeschein und Inhaber-

[100]) Vgl. für das Folgende besonders Alexander S. 60.

konnossement, seine Ansicht muß deshalb ebenfalls zurückgewiesen werden.

Heymann[101]) dagegen baut die dingliche Wirkung des Lagerscheins sowie des Konossements und Ladescheins auf deren Eigenschaft als Präsentationspapiere auf, eine Ansicht, der ich mich anschließe. Die Entstehung der dinglichen Wirkung dieser Urkunden im einzelnen ist bisher noch nicht aufgeklärt. Während Goldschmidt[102]) die Entwicklung des Traditionspapieres bis in das 17. Jahrhundert hinauf zurückverfolgt und die dingliche Wirkung des Konnossements auf die römische Besitzlehre stützt, hat Brunner[103]) auf einen anderen Ursprung hingewiesen: die Keime des heutigen Traditionspapiers finden sich bereits in der fränkisch-romanischen Urkunde.

Im fränkischen Reiche[104]) gab es nämlich schon in der merovingischen Zeit neben einer volksrechtlichen Uebereignungsart an Grundstücken eine schriftliche Uebertragung von Grundeigentum mittels traditio cartae, die dem römischen Vulgarrecht entstammte und durch den Einfluß der Kirche zunächst bei den salischen Franken zur Anerkennung gelangte. Wenn auch die schriftliche Uebertragung von Eigentum zunächst auf Immobilien beschränkt war, so gewann doch die traditio cartae allmählich auch für die Rechtsübertragung an Fahrnis Bedeutung. Schon im römischen Recht bestimmte ein Ausnahmesatz — l 1, C 8, 53 — daß die Tradition des Kaufbriefes das Eigentum am Sklaven übertrage.[105]) Wenn auch nach Brunner dieser Satz eine lex specialis darstellt, die sich auf dem Gewohnheitsrecht des Sklavenhandels aufbaut und als Singularität keine analoge Ausdehnung auf andere Verhältnisse gestattet, so knüpfte man doch später tatsächlich an diese Stelle an, und namentlich die Postglossatoren legten sie möglichst weitgehend aus und bezogen sie sowohl auf Immobilien als auch Mobilien der verschiedensten Art.

In Italien selbst kamen im 8. und 9. Jahrhundert Vergebungen von ganzen Mobiliarvermögen und Mobiliarkomplexen mittels carta ziemlich häufig vor.[106]) Auch die Sklavenveräußerungen mittels

101) S. 187 ff.
102) Goldschmidt, Handbuch S. 707 ff.
103) Brunner, HR. 22, S. 525 ff.
104) Brunner, Zur Rechtsgeschichte I, S. 272.
105) a. a. O. S. 116.
106) Heymann, S. 189 f.

traditio cartae haben sich erhalten, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es sich hier bei dem Fall der Uebereignung einzelner Fahrnisstücke um eine bewußte Verwendung des sonst für Grundstücksübereignungen verwendeten Formalismus der traditio cartae handelt.

Dementsprechend erfährt im Hochmittelalter die traditio cartae in Süd-Europa eine umfassendere Verwendung bei Fahrnisübereignung. Man bleibt nicht bei Sklavenveräußerungen stehen; unter den Marseiller Notariatsurkunden finden sich solche, die die Veräußerung eines Pferdes oder eines Maulesels zum Gegenstand haben:

Ego Raimundus Blagerius, castri de Metis, bona fide et sine omni dolo, vendo et trado tibi Luque de Fontanis, militi quendam equum meum nigrum . . . . etc. Blancard Amalric Nr. 882.[107])

Ein anderer Fall der traditio cartae hat die Veräußerung von 6 Tonnen an Bord eines segelfertigen Schiffes zum Gegenstande:

Ego . . cedo et trado tibi . . omnia iura et omnes acciones reales et personales directas et utiles seu mixtas reique persecutorias, quecumque et quascumque habeo vel habere debeo seu michi competunt vel competere possunt contra quamcumque personam in VI botis, quas habeo in nave que dicitur Signus et in intrata seu naulo percepto seu percipiendo de dictis VI botis, dans et concedens tibi licentiam et liberam facultatem ut tu, ex juribus et accionibus a me tibi datis et cessis, inde agere et experiri possis directe et utiliter et excipere et replicare contra quascumque personas et de calumnia jurare et omnia demum facere precumque ego facere possem per hanc cessionem a me tibi factam et tamquam in rem tuam procuratorem inde te facio et constituo. Blancard Amalric Nr. 493. 14. April 1248.[108])

Heymann bemerkt hierzu, daß der Veräußernde offenbar Miteigentümer des Schiffes ist und die Reise mitmacht. Außer dem Eigentum an den Tonnen werde das Recht auf Beförderung gegen das Schiff abgetreten, weshalb die Klagenzession der Ueberlassung der omnia jura gegenüber im Vordergrund stehe.

---

107) Zitiert bei Heymann S. 191.
108) Zitiert bei Heymann S. 192.

Die Urkunde ist zunächst subjektiv gefaßt und wird erst später zur objektiv gefaßten Notariatsurkunde. Die Rechtswirkung trat mit der Begebung der Urkunde ein, an deren Stelle später die Befugnis trat, sich eine Ausfertigung der Urkunde vom Notar geben zu lassen, wenn nicht mit der Eintragung in das Notariatsregister zugleich eine Ausfertigung vom Notar gegeben wurde und sich so Urkundsakt und Begebung nicht verbinden konnten.

Auch zu Pfandbestellungen an Mobilien wurde die carta verwendet. Es verpfändet z. B. ein Kaufmann aus Narbonne alle seine Waren seinem Bürgen, um diesen sicher zu stellen: obligans vobis ad pignus ex nunc omnia mea mercimonia etc. Archives de l'Or. lat IV, S. 106.[109])

Oder es verpfändet ein Fuhrmann vier Maulesel: et specialiter inde tibi obligo et trado in pignore . . . . 4 mulos . . . dans tibi liberam facultatem ut tu auctoritate propia possis dictos mulos vendere, pignore obligare seu quolibet alio alienacionis titulo alienare. Blancard Amalric 461.[110])

Zahlreich sind die Verpfändungen von Schiffen und Schiffsanteilen.[111]) Vor allen anderen Fällen sind jedoch die immer wiederkehrenden Verpfändungen für das Seedarlehn als hierhergehörig anzuführen. Obgleich das Pfand an den Waren, für deren Einkauf das Darlehn aufgenommen wird, dem Seedarlehn nicht essentiell ist, so wird es doch dem Darleiher schon seit dem Altertum fast ausnahmslos bestellt. Die Form des Seedarlehns ist die des domizilierten Eigenwechsels[112]) mit angehängter Pfandklausel. Nicht immer hatte der Pfandgläubiger an den Waren Besitz, sondern es blieb der Schuldner im Besitz der Waren, so daß es sich um ein besitzloses Pfand an Fahrnis handelte: tibi obligo pignorie sachos cotoni decem et septem meos, qui sunt penes me et in mea custodia pro te. Archives de l'Orient lat. Famagusta 138.[113])

---

109) Zitiert bei Heymann S. 194.

110) Zitiert bei Heymann S. 195.

111) Ueber die Mobiliarqualität der Schiffe siehe Meyer, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, S. 23 ff. Belege für Verpfändungen bei Goldschmidt, Universalgeschichte I, 1. S. 339 A. 22, 340 A. 29.

112) Ein von Goldschmidt geprägter Ausdruck.

113) Zitiert bei Heymann S. 196.

Aber nicht allein dort, wo sich römisch-rechtlicher Einfluß geltend machte, begegnen wir dem Institut der traditio cartae als Rechtserzeugungs- und Uebertragungsmittel, nein, auch in solchen Rechtsgebieten, die von romanistischen Einwirkungen gänzlich verschont geblieben sind, finden sich der carta durchaus verwandte Erscheinungsformen. Im Norden sind es die Stadtbucheintragungen, die die Aufgaben der im Süden verwendeten carta erfüllen. Auch im Norden gab es besitzloses Fahrnispfand, wie Herbert Meyer in seiner Schrift „Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen" nachgewiesen hat. Die Voraussetzung der Wirksamkeit des besitzlosen Fahrnispfandes war die Eintragung in das Stadtbuch.[114]) Namentlich im Lübischen Recht findet sich die neuere Satzung an Fahrnis häufig. Meyer hat jedoch eine Reihe anderer, ebenfalls von romanistischem Einfluß verschont gebliebener Rechte nachgewiesen, in denen es, allerdings bei weitem seltener, besitzloses Fahrnispfand gab, das Geltung hatte, wenn es vor Zeugen oder urkundlich bestellt war.[115]) Ja, selbst wirkliche Auflassungen fahrender Habe kamen vor. So läßt jemand zehn Pferde und einen Wagen auf. (Aeltestes Görlitzer Stadtbuch.)[116])

Dieser Entwickelung gegenüber trat mit der Zeit ein Rückschlag ein. Für Fahrnis konnte als sachenrechtliches Legitimationsmittel der Besitz doch nicht völlig entbehrt werden. Die Folge war ein Rückstreben zum Besitze, das sich auch gegenüber der Rechtsübertragung per cartam äußerte.[117]) Auf römisch-rechtlichem Gebiet arbeiteten Glossatoren und Postglossatoren gegen die traditio cartae und suchten die dingliche Wirkung derselben auf Grund einer wirklichen Besitzübertragung im Sinne der römischen possessio zu konstruieren, oder sie fingierten einfach dort, wo durch traditio cartae tatsächlich kein Besitz mit überging, das Vorhandensein eines solchen. In Deutschland nahm man die Lehre der Postglossatoren von der traditio ficta nicht nur bereitwillig auf, sondern bildete sie sogar noch skrupelloser als anderswo in der Form der sog. symbolischen Tradition weiter. Im preußischen ALR. trat die Auffassung der Konnossementsbegebung als eines Falles der traditio cartae als symbolische Tradition besonders deutlich hervor.

114) Meyer a. a. O. §§ 8, 9, 10, 11.
115) Meyer a. a. O. § 18.
116) Meyer a. a. O. S. 110. A. 32.
117) Heymann, S. 199 ff.

Das heutige Recht hat nun mit der Mehrzahl der Fälle, welche im alten gemeinen Rechte von der Theorie der traditio symbolica gedeckt wurden, gebrochen, und so entsteht die Frage, ob das eigenartige Institut der Traditionspapiere ganz aus dem Rahmen der jetzigen Rechtsordnung fällt oder sich „als reine traditio cartae dieser Rechtsordnung harmonisch eingliedert."

Die Besitzübergabe ist schon immer die gewöhnliche Form der Sachenrechtsübertragung an Fahrnis gewesen.[118]) Der Grund hierfür war jedoch nicht zu allen Zeiten derselbe. Ehemals hatte die Besitzübergabe diese Funktion deshalb, weil sie erst die tatsächliche N u t z u n g der Sache, an der ein Recht begründet werden sollte, ermöglichte, im heutigen entwickelteren Rechte ist der Grund für die Erscheinung darin zu suchen, daß mit der Besitzverschaffung dem Erwerber der Sache die Möglichkeit gewährt wird, V e r f ü g u n g e n über das übertragene Recht vorzunehmen. Heute bedeutet also Besitzübertragung Verschaffung der sachenrechtlichen Legitimation. Wie nämlich Herbert Meyer in seiner Abhandlung „Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht" überzeugend ausgeführt hat, wird unser modernes Recht vom Prinzip der Publizität, d. h. des rechtlichen Schutzes sinnlich wahrnehmbarer kundbarer Verhältnisse beherrscht. Dieses Prinzip geht auf die Gewere des germanischen Rechts zurück. Wer die unbewegliche Sache in Nutzung, die bewegliche in Besitz hat, ist in der Regel der Eigentümer derselben. Der Dritte, der den Besitzer gutgläubig für den Eigentümer hält, wird daher in seinem guten Glauben geschützt. Es wird die normale Erscheinungsform eines Rechtsverhältnis zum Rechtstypus erhoben. Der Rechtsverlust, den der nichtbesitzende wahre Eigentümer durch eine Veruntreuung des unmittelbar Besitzenden erleidet, erscheint nach dem Gesichtspunkte relativer Gerechtigkeit, der jedes Zivilrecht beherrschen soll, bei weitem nicht so schlimm, als die Unmöglichkeit des Eigentumserwerbs des Gutgläubigen vom Nicht-, oder besser gesagt, Scheinberechtigten. Denn der Berechtigte soll und kann sich seinen Vertrauensmann genau daraufhin ansehen, ob er auch seines Vertrauens würdig ist. Das germanische Recht ist nun bei der natürlichen Publizitätsform des Besitzes nicht stehen geblieben, sondern hat noch zahlreiche künstliche Publizitätsformen geschaffen.[119]) Hier ist die Grundbuch-

---

118) O. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 12, 16.
119) Wellspacher, S. 1—120.

eintragung, das Heiratsregister und vor allen Dingen die Urkunde zu nennen. Und bei letzterer sind es vornehmlich die Wertpapiere, die vermöge ihrer besonderen Eigenschaft als Präsentationspapiere geeignet erscheinen, der Publizitätswirkung, die, wie Meyer nachgewiesen hat, bei Fahrnis und Liegenschaften parallel gelaufen ist, gerecht zu werden.[120]) Zu den Wertpapieren gehören auch die Traditionspapiere des HGB. Will man die Frage beantworten, seit wann und wie das Konossement als Traditionspapier Verwendung gefunden hat, so muß man den Blick auf das Seedarlehn lenken. Die von Goldschmidt aufgefundenen Spuren der dinglichen Wirkung des Konossements weisen für die Entstehung dieser Wirkung auf den Mittelmeerverkehr hin.[121]) Faßt man die heutige praktische Verwendung des Konnossements ins Auge und vergleicht man damit die ehemalige wirtschaftliche Bedeutung des Seedarlehns, so ergibt sich ein augenfälliger Zusammenhang zwischen beiden Instituten. „Das Konnossement erscheint heute in seinem wichtigsten Anwendungsfall, dem überseeischen Remboursgeschäft der Banken, dem Wechsel „angehängt“.“[122]) Der überseeische Einkaufskommissionär verkauft, um sich Geld für den Ankauf der Waren zu schaffen, einen auf eine einheimische Bank gezogenen Wechsel einer überseeischen Bank. Zur Sicherung des Geldgebers und auch der heimischen Bank wird dem Wechsel das Konnossement und die Versicherungspolice angehängt; ersteres gewährt dem Wechselgläubiger ein Pfandrecht an den Waren, auf welche das Papier lautet. Für die Akzeptierung und Einlösung des Wechsels hat der Kommittent Sorge zu tragen. Ist auch die einheimische Bank gesichert, so übermittelt sie Konnossement mit der Police dem Kommittenten und setzt diesen so in Stand, die inzwischen im heimatlichen Hafen angelangten Waren vom Schiffer zu erheben. Dem gleichen wirtschaftlichen Zweck diente im Mittelalter das Seedarlehn. Es stellte sich als ein domizilierter Eigenwechsel mit angehängter Pfandklausel dar. Auch hier erwirbt der Geldgeber ein Pfandrecht an den einzukaufenden Waren. Beispielsweise sei angeführt:

Ego B. S. confiteor et recognosco tibi Petro de Bella Aqua me habuisse et recepisse ex causa permutationis seu cambii a te 100 l. monete miscue curribiles in Massilia . . . pro quibus 100 l. promitto tibi . . . . dare et solvere . . 254 bisancios sarra=

120) Kempner, S. 38.

121) Goldschmidt, Handbuch § 70.

122) Heymann, S. 205.

cenatos in Acconis et 4 cairatos, infra 15 dies postquam navis . . applicuerit apud Acconem, sanis tamen euntibus mercimoniis meis que debent vehi in dicta nave ad tuum resegum usque ad quantitatem dictorum bisanciorum: quos merces in de tibi obligo et trado in pignore pro bisanciis supradictis. — Blancard Amalric 109.[123])

Danach trug der Gläubiger die Gefahr des Transports. Der Wechsel war in der Regel an Order gestellt: tibi aut certo nuntio tuo. Hatte der Gläubiger nicht durch Signieren oder Eintragung der Waren in das Schiffsregister die custodia erlangt, so gewährte ihm die Aushändigung des Konnossements, auf Grund dessen jedermann die Auslieferung der Waren im Löschungshafen verlangen konnte,[124]) ein brauchbares Sicherungsmittel, zumal sich das Konnossement bereits zum Orderpapier ausgebildet hatte. Eine dingliche Wirkung der Konnossementsbegebung selbst erübrigte sich damals noch, da ja die Waren schon durch die Begebung des Seewechsels verpfändet waren. Aus dem Seedarlehn hat sich mit der Zeit die Prämienassekuranz herausgeschält. [125]) Die Gefahr trägt beim Seedarlehn nun nicht mehr der Gläubiger, sondern ein anderer, der allmählich zum gewerbsmäßigen Versicherer wird. Aus der Klausel salva eunte navi entwickelt sich die mit dem Wechsel verbundene Versicherungspolice. Der Wechsel selbst, der bisher Eigenwechsel war, wird zur Tratte, bei der die Pfandklausel als Wechselklausel immer seltener wird; denn sollte der Wechsel einen Kurs haben, so mußte es sich empfehlen, ihn von jeder Klausel, die auf ein kausales Rechtsverhältnis hindeutete, möglichst frei zu halten. Nun lag nichts näher, als daß man jetzt die Pfandklausel in das Konnossement hineinnahm und daß dieses entweder durch ausdrückliche Vereinbarung oder stillschweigend die Aufgabe der carta traditionis übernahm.[126]) Damit war die dingliche Wirkung der Konnossementsbegebung gegeben, das Konnossement zum Traditionspapier geworden.

Das Traditionspapier in der Hand des legitimierten Papierinhabers gewährt in seiner Eigenschaft als Wertpapier diesem die Legitimation, Verfügungen über das Gut, auf die das Papier lautet, vor-

---

[123]) Zitiert bei Heymann S. 206/7.

[124]) Goldschmidt, Handbuch I, 2, S. 656/7.

[125]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 362.

[126]) Heymann, S. 208.

zunehmen. Allerdings stellt das Traditionspapier — es sei gestattet, im weiteren wieder ausschließlich vom Lagerschein zu sprechen — nicht das einzige Legitimationsmittel zur Verfügung über die gelagerte Ware dar. Es ist ja der Besitz des Gutes in der Person des Lagerhalters zurückgeblieben. Trotzdem bildet der Lagerschein einen genügenden äußeren Tatbestand, der durchaus geeignet erscheint, einen Rechtserwerb am gelagerten Gute zu vermitteln. Der Lagerhalter hat sich in dem Schein verpflichtet, dem legitimierten Inhaber des Scheins und nur diesem die gelagerten Waren gegen Rückgabe der Urkunde auszuliefern. Ein anderer als der Scheininhaber kann das Recht an den Waren überhaupt nicht geltend machen. Damit ist die Rechtsübertragung durch bloße Besitzabtretung ausgeschlossen, der Besitz, unmittelbarer wie mittelbarer, ist als sachenrechtliches Legitimationsmittel damit ausgeschaltet. Denn der Eigentümer der gelagerten Waren kann ohne die Urkunde auch nicht den unmittelbaren Besitz erlangen, mithin auch nicht weiter übertragen. Es ist ihm auf diese Weise unmöglich gemacht, mehrfach über dasselbe Gut zu verfügen; denn hat er erst einmal sich des Scheines begeben, so hat er sich selbst der Fähigkeit beraubt, konträre Verfügungen zum Schaden des Scheinerwerbers vorzunehmen. Er ist gar nicht mehr imstande, einem Dritten die Möglichkeit zu verschaffen, sich als Berechtigter aufzuspielen. Der Scheininhaber kann das Gut von jedem Dritten herausverlangen, in dessen Hände es gelangt ist. Nur der gutgläubige Erwerber, der die Waren vom Lagerhalter durch körperliche Uebergabe erlangt hat, ist nach dem „Hand wahre Hand"-Prinzip gegen eine rei vindicatio seitens des Scheininhabers geschützt. Dieser Ausnahmefall der Veruntreuung der Waren durch den Lagerhalter setzt der ausschließlichen Legitimationswirkung des Lagerscheins ein Ende. Demgegenüber behauptet Wolff,[127]) daß nach der absoluten Theorie der Papierinhaber die Vindikation Dritten gegenüber im Falle des Besitzverlustes des Lagerhalters nicht anstellen könne, da „es seltsam wäre, wenn durch die Uebergabe des Papiers ein von diesem unabhängiges Recht mit übergehen sollte." Er könnte nur „einen abgetretenen Besitzentziehungsanspruch des Schiffers" — bezw. Lagerhalters — „oder einen eigenen Besitz- oder Eigentumsanspruch ausüben, keinesfalls habe er einen Anspruch aus dem Papier." Dem ist entgegen zu halten, daß der gegen Dritte geltend gemachte Eigen-

[127]) Wolff in ZHR. 58, 622.

tumsanspruch gar kein Anspruch aus dem Papier ist — dieser obligatorische richtet sich natürlich nur gegen den Lagerhalter —, sondern ein eigener, der unabhängig von dem im Papier verbrieften Recht lediglich durch die Begebung des indossierten Lagerscheins für den Papierinhaber entstanden ist.[128]) Ist Wolffs Einwand schon von Cohn, auch einem Vertreter der Repräsentationstheorie, widerlegt worden, so behauptet Cohn seinerseits, daß die absolute Theorie im Falle des gutgläubigen Erwerbes eines Dritten vom veruntreuenden Lagerhalter her versage.[129]) Denn werde in dem Falle der Lagerschein von seiten des Papierinhabers ebenfalls an einen gutgläubigen Dritten weitergegeben, so müßte ein Eigentum zweier Personen an den Waren entstehen, was nach den Regeln des BGB. unmöglich wäre. Hier das „Hand=wahre=Hand"=Prinzip in Geltung treten zu lassen, bedeutet keine Inkonsequenz, wie Cohn behauptet, sondern fügt sich dem zwanglos ein, was der Verfasser über das Publizitätsprinzip ausgeführt hat. Nach dem das Zivilrecht beherrschenden Prinzip der relativen Gerechtigkeit muß derjenige geschützt werden, der unmittelbar vom Lagerhalter erwirbt, der Einlagerer sollte seine Waren nur dem anvertrauen, von dem er eine solche Veruntreuung nicht zu befürchten brauchte. Es liegt hier nur ein Ausnahmefall vor, der in der Praxis so gut wie gar nicht vorkommen wird, den die absolute Theorie nicht völlig deckt, aber kein absolutes Versagen derselben.

Es steht also kein Bedenken entgegen, von der Uebernahme der Waren durch den Lagerhalter an die Begebung des Traditionspapiers als einzige Form des Rechtserwerbs, also bezüglich der gelagerten Güter als ausschließliches sachenrechtliches Legitimationsmittel zu verwenden und hier von der Besitzübertragung als gewöhnlichem Legitimationsmittel völlig abzusehen und demgemäß ohne Rücksicht darauf, ob mit der Papierbegebung auch wirklich zugleich Besitz an den Waren übergeht, den Rechtserwerb eintreten zu lassen. Betrachtet man das Institut der Traditionspapiere im Zusammenhang der gesamten Rechtsordnung, so stellt der Rechtserwerb durch Papierbegebung wegen der hier nicht erforderlichen Besitzübertragung keine Durchbrechung des unsere Rechtsordnung beherrschenden Publizitätsprinzips dar, sondern nur eine andere Erscheinungsform dieses Prinzips, durch das in dem Falle die Zwecke, die das Prinzip verfolgt, leichter erreicht werden als

128) Vgl. auch Cohn S. 27/28.
129) Cohn, S. 26.

durch Verwendung der sonst stets gebrauchten Form des Besitzwechsels. Daß aber die Papierbegebung denselben Zweck erfüllen kann wie die Besitzverschaffung, hat seinen Grund in der Eigenschaft des Transportpapieres als eines Präsentationspapieres. In der Präsentationsqualität des Lagerscheins ist die Erklärung für die dingliche Wirkung zu sehen, die § 424 HGB. der Uebergabe des Lagerscheins an den legitimierten Papierinhaber zuschreibt.

Diesem so formulierten Ergebnis gegenüber hat Jacobi[130]) eingewendet, daß die Präsentationseigenschaft des Transportpapiers zur Erklärung der dinglichen Wirkung desselben nicht ausreiche, sondern noch andere Gesichtspunkte dafür in Betracht kämen, widrigenfalls einem von einem Landwirt ausgestellten Verpflichtungsschein, in dem von diesem erklärt wird, daß das in seinen Scheunen lagernde Getreide dem Herrn X. oder seiner Order oder seinem Rechtsnachfolger gegen und nur gegen das Papier ausgeliefert werde, dingliche Wirkung zugesprochen werden müßte. Denn auch in diesem Falle könne der Landwirt genau so wie der Lagerhalter mit befreiender Wirkung nur an den Papierberechtigten leisten. „Würde man also solch Papier zum Legitimationsmittel für das dingliche Recht, zum Besitzsurrogat machen, so würde es genau so viel und so wenig wie beim Konnossement das einzige Legitimationsmittel sein." Der „tiefgreifende" Unterschied liegt nach Jacobi in einem anderen Punkte.

Der Grund für die verschiedene Behandlung des Konnossements und des Verpflichtungsscheines des Landwirts liege darin, daß in dem einen Fall der Schiffer als Fremdbesitzer, in dem anderen Falle der Landwirt als Eigenbesitzer durch Besitzübertragung Rechte an dem Gute begründen könnte. Darauf beruhe, daß der Inhaber des Konnossements den Rechtsschein — d. i. die gewöhnliche äußere Erscheinungsform eines Rechts — für sich habe, Eigentümer des Gutes zu sein, der Besitzer des Verpflichtungsscheins des Landwirts aber nicht. Denn der Rechtsschein werde nicht willkürlich einzelnen Tatbeständen angeklebt, sondern beruhe darauf, „daß die legitimierenden Tatsachen so liegen, daß der Legitimierte eine tatsächliche Stellung einnimmt, die ihm nach den Regeln des Lebens als den Berechtigten erscheinen läßt." Der Rechtsschein werde dem Berechtigten umso eher zur Seite treten, je

130) Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 81 ff.

sicherer er über die Sache tatsächlich zu verfügen in der Lage ist, da das Recht und dessen tatsächliche Ausübung regelmäßig zusammenfallen. Der Eigenbesitzer an der Sache sei regelmäßig auch der Eigentümer. „Wer ein Papier besitzt, in dem der frühere Eigentümer ihn als Eigentümer anerkennt und ihm die Herausgabe der Sache verspricht, hat sich noch nicht mit der Sicherheit als Eigentümer aufgeführt, wie wenn er sie in Besitz genommen hätte. Mehr Sicherheit hat er, wenn die Sache sich im Besitze eines vom früheren Eigentümer unabhängigen Dritten befindet und dieser Dritte sich zur Herausgabe der Sache an ihn verpflichtet." Durch die Uebergabe der Güter an den Schiffer erlange der durch das Konnossement Berechtigte eine erhöhte Sicherheit, daß die Güter tatsächlich nur an ihn gelangen würden. „Hiernach können für den Erwerb von Rechten am Gute zwei Momente in Betracht kommen, erstens daß es ein „Präsentations-", d. h. ein Wertpapier ist, zweitens daß der Schiffer, der das Gut übernommen hat, dem Erwerber zur Herausgabe verpflichtet ist, und letzteres deshalb, weil dadurch der Erwerber eine hohe Sicherheit auf wirkliche Erlangung des Gutes erlangt. Im letzteren sieht aber unser heutiges Recht ein Besitzverhältnis."

Damit ist Jacobi wieder zur relativen Theorie zurückgekehrt, die die dingliche Wirkung der Traditionspapiere auf den Besitz zurückführt.

Jacobi erhebt gegen die von Heymann aufgestellte Theorie zwei Einwendungen: daß der Lagerschein nicht das einzige sachenrechtliche Legitimationsmittel abgibt, sondern der Lagerhalter durch den Besitz ebenfalls legitimiert ist, und daß die Präsentationseigenschaft des Lagerscheins zur Erklärung der dinglichen Wirkung nicht genüge.

Mit seinem ersten Einwand hat Jacobi recht. Ich habe auch im Anfang meiner Ausführung hervorgehoben, daß im Mobiliarsachenrecht die traditio cartae nur konkurrierend in Betracht kommen kann, aber daß t r o t z d e m dieses Institut im gegebenen Fall seine volle Schuldigkeit zu tun imstande ist. Denn i m N o r m a l f a l l bietet die Begebung des Lagerscheins die Gewähr, die sonst der Besitz als Legitimationsmittel gibt. Die einzige Gefahr für die Wirksamkeit des Papiers als ausschließliches Legitimationsmittel bildet die Möglichkeit der Veruntreuung der gelagerten Waren durch den Lagerhalter, was als ein Ausnahmefall anzusehen ist. Hier erleidet der Papiererwerber allerdings eine Verkürzung seines subjektiven Rechts. Dies muß er jedoch im Interesse der Allgemeinheit auf sich nehmen, denn es ist die

Aufgabe des Privatrechts, „den Typus des Individualrechts unter ständiger Rücksicht auf das Gemeinwohl mit dem relativ besten Rechtsschutz zu bekleiden."[131]) Vom Gesichtspunkt relativer Gerechtigkeit war die Zulassung dieses Ausnahmefalls notwendig, hätte nicht unsere Rechtsordnung zugunsten der Wirkung der Traditionspapiere als ausschließliches Legitimationsmittel mit dem Grundsatz der Wirksamkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten brechen wollen, was im Verkehrsinteresse sehr bedenklich gewesen wäre.[132])

Der zweite Einwand Jacobis ist aber entschieden zurückzuweisen. Den von Jacobi herausgefundenen Unterschied zwischen Lagerschein und Verpflichtungsschein des Landwirts kann ich wirklich nicht als so „tiefgreifend" empfinden. Warum soll der Erwerber des Verpflichtungsscheins nicht eine mindestens ebenso fest begründete Hoffnung auf Erlangung des Getreides haben wie der Lagerscheininhaber auf Auslieferung der Waren. Lagerhalter wie Landwirt sind beide in derselben Lage, denn beiden steht der Besitz als sachenrechtliches Legitimationsmittel zur Seite. Der Lagerhalter kann das Gut ebenso veruntreuen, wie der Landwirt die Gelegenheit benutzen kann, anderweitig über das Getreide zu verfügen. Aus dem Umstand allein, daß der Landwirt Eigentümer des Getreides ist, darf der Erwerber des Scheins seine Erwartung nicht für weniger begründet halten als der Inhaber des Lagerscheins.[133]) Der Beweis Jacobis ist haltlos.

Der Grund dafür, daß doch ein Unterschied zwischen dem Lagerschein und dem Verpflichtungsschein des Landwirts besteht, daß ersterem dingliche Wirkung zukommt, letzterem aber nicht, obgleich doch beide Urkunden Präsentationspapiere sind, liegt nicht, wie Jacobi annimmt, in dem größeren Maße einer begründeten Hoffnung auf Erlangung des Gutes bei ersterem, sondern m. E. einfach darin, daß das Gesetz selbst in dem einen Falle die dingliche Wirkung statuiert, in dem anderen nicht. Unsere Rechtsordnung läßt, abgesehen von § 931 BGB., nach dem von ihr befolgten Publizitätsprinzip den Sachenrechtserwerb nur eintreten, wenn der Rechtsübergang Dritten kundbar gemacht wird. Im allgemeinen bildet die geforderte Rechtserwerbsform die Besitzübertragung. Im Immobiliarverkehr ist diese Form durch das Grundbuchsystem ersetzt worden, das dem Publizitätsgedanken in weitestem Maße

---

131) Meyer, Publizitätsprinzip S. 87.

132) Heymann, S. 215 Anm. 1.

133) Aehnlich Alexander, S. 65.

gerecht wird. Nun ist auch das Präsentationspapier aus den schon angeführten Gründen geeignet, den Publizitätsgedanken bei der Rechtsübertragung zur Geltung zu bringen, und da eine Heranziehung der Präsentationspapiere zu dieser Funktion für gewisse Fälle einen Vorteil versprach, hat denn auch unsere Rechtsordnung keinen Anstand genommen, in den besonderen Fällen der Ausstellung von Lager-, Ladeschein und Konnossement von der gewöhnlichen Rechtserwerbsform der Besitzübertragung abzusehen und für die Begründung von Sachenrechten die Begebung dieser Papiere für ausreichend zu erklären. Es hätte selbstverständlich dem Gesetzgeber nichts im Wege gestanden, der Begebung jedes Präsentationspapiers dingliche Wirkung beizulegen, also auch dem Verpflichtungsschein des Landwirts. Daß gerade nur Konnossement, Lager- und Ladeschein sich einer dinglichen Wirkung erfreuen, hat seinen Grund darin, daß diese Warenpapiere als Traditionspapiere einen Fall der alten fränkisch-romanischen carta traditionis darstellen, der sich bis in unser heutiges Recht hinein unverändert erhalten hat. Uebrigens mögen auch Zweckmäßigkeitsgründe von einer an sich dem Gesetzgeber freistehenden Ausdehnung der dinglichen Wirkung auf jedes Präsentationspapier, also auch den Verpflichtungsschein des Landwirts, abgehalten haben.[134]) Die Verdinglichung der Traditionspapiere bringt eine ungeheure Mobilisierungsfähigkeit der Güter, auf die sie ausgestellt sind, mit sich und macht sie auf diese Weise für den Handel besonders geeignet, öffnet damit zugleich aber auch der Spekulation Tor und Tür. Dem Gesetzgeber mag es nun nicht ratsam erschienen sein, außerhalb des Gebietes des Handelsrechts dem Präsentationspapier durch Statuierung der dinglichen Wirkung seiner Begebung dieselbe hohe Umlaufsfähigkeit zu verleihen wie den Traditionspapieren der §§ 424, 450, 647 HGB. Die unterschiedliche Behandlung von Lagerschein und Verpflichtungsschein des Landwirts erklärt sich also aus der Eigenschaft jenes Papiers als einer Traditionscarta, dieses als eines bloßen Präsentationspapiers.

Es ist nun noch die Ansicht Alexanders[135]) zu erwähnen, der einen selbständigen Konstruktionsversuch auf dem Boden der absoluten Theorie

---

[134]) Göder, S. 49, hält nur das Verkehrsbedürfnis für den ausschlaggebenden Grund der unterschiedlichen Behandlung von Lagerschein und Verpflichtungsschein des Landwirts. M. E. liegen hier doch tiefere Gründe vor als ein bloßes Zweckmäßigkeitsermessen.

[135]) Alexander, Der Erwerb des Besitzes und des Eigentums am Lagergut durch Vermittlung des an Order lautenden Lagerscheins, S. 66 ff.

unternimmt. Nach Alexander „ist der Orderlagerschein in derselben Weise Träger des Eigentumsrechts an der Ware, wie er Träger des auf Herausgabe der Ware gehenden Forderungsrechtes gegen den Lagerhalter[136]) ist." Als Beweis führt er die Gleichheit der Förmlichkeiten für den Erwerb der im Schein verbrieften Forderung und dem dinglichen Rechtserwerb an. Weil Indossament und Uebergabe genügen, um sowohl die Forderung als auch das dingliche Recht zu übertragen, „so muß man aus dieser Gleichheit der Form des Rechtserwerbs auf die Gleichheit der Ursachen des Rechtserwerbs schließen: Wie die Lagerscheinforderung durch Indossament und Uebergabe nur übertragen werden kann, wenn und weil sie im Lagerschein verbrieft ist, so auch das Eigentumsrecht, wenn und weil es im Lagerschein verbrieft ist."

Alexanders Theorie muß abgelehnt werden, da ihr m. E. der Beweis fehlt. Was Alexander als Begründung seiner Meinung anführt, kann seine Ansicht wirklich nicht stützen. Er macht m. E. den Fehler, daß er das, was erst eine Folge der Bestimmung des § 424 ist, als seinen Grund hinstellt, § 424 HGB. bestimmt, daß die Uebergabe des indossierten Lagerscheins an den durch das Indossament Legitimierten für den Erwerb von Sachenrechten an dem Gute dieselbe Wirkung wie die Uebergabe des Gutes selbst haben soll. Es ist also nach dem Wortlaut des Paragraphen der ordnungsmäßigen Papierbegebung dingliche Wirkung beigelegt worden. Nur wenn eine solche vorliegt, kann ein Sachenrechtserwerb eintreten. Der Eintritt der dinglichen Wirkung ist mit der Papierbegebung unlösbar verknüpft und kann von ihr überhaupt nicht getrennt werden, erst mit ihr realisiert sich die Dinglichkeit des Scheins. Da eine ordnungsmäßige Papierbegebung nur dann als gegeben zu erachten ist, wenn Indossament und Uebergabe des Scheines vorhanden ist, so kann, wenn mit der Begebung des Lagerscheins ein Sachenrecht übertragen werden soll, das Sachenrecht natürlich nur übergehen, wenn Indossament und Uebergabe des Scheins stattgefunden hat. Wenn Alexander von einer „Gleichheit" der Rechtserwerbsformen spricht, ist das nicht richtig. Es ist nur eine einzige besondere Rechtserwerbsform vorhanden, nämlich die für das im Lagerschein enthaltene Forderungsrecht. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung dient diese in der Uebergabe des

[136]) S. 69.

indossierten Lagerscheins bestehenden Rechtserwerbsform gleichzeitig als Uebertragungsmittel des Sachenrechts. Deshalb also, weil durch die ausdrückliche Bestimmung der §§ 424, 450, 647 HGB. die Begebung des Präsentationspapieres mit seiner eigenartigen Uebertragungsform zum Sachenrechtserwerbsmittel erklärt ist, kommt für Eigentumsübergang Indossament und Uebergabe in Betracht, nicht aber etwa aus dem Grunde, weil der Lagerschein Träger des Eigentumsrechts ist. Damit dürfte die Haltlosigkeit der Konstruktion Alexanders dargetan sein.

Die dingliche Wirkung des Lagerscheins sowie der ihm verwandten Papiere erklärt sich aus der Präsentationspapierqualität dieser Urkunden, deren Begebung das Gesetz kraft ausdrücklicher Bestimmung in den Fällen der §§ 424, 450, 647 HGB. für die Begründung und Uebertragung von Sachenrechten für ausreichend erklärt hat.[137])

[137]) Die absolute Theorie vertreten auch die neueren Dissertationen von Schnabel, Göder und Rob. Mayer.

IV.

Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten vermittels des Orderlagerscheins.

Während es für die Vertreter der relativen Theorien selbstverständlich ist, daß sie beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten die §§ 932, 934, 935 BGB. zur Anwendung bringen, da sie ja bei ihren Konstruktionen überhaupt auf die allgemeinen Regeln des BGB. zurückgehen, herrscht bei den Vertretern der absoluten Theorie[138]) darüber keine Einigkeit, ob § 935 BGB. zur Anwendung gelangen müsse. Strohal,[139]) Adler,[140]) Staub[141]) verneinen diese Frage, während Heymann[142]) auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht. Lehmann-Ring,[143]) die sonst keine feste Stellung einnehmen, sind ebenfalls der letzteren Meinung.

Der Streit konnte nur dadurch entstehen, daß zwar für den Erwerb der Rektapapiere die allgemeinen Grundsätze über den Eigentumserwerb an Sachen gelten, daß aber für den Erwerb von Order- und Inhaberpapieren besondere Uebertragungsvorschriften gegeben sind.[144])

Betreffs des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten verweist § 365 HGB. auf Art. 74 WO. Danach kann der nach Art. 36 WO. legitimierte Wechselinhaber zur Herausgabe nur dann angehalten werden, wenn ihm beim Erwerbe des Wechsels böser Glaube oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der durch Art. 74 WO. gewährte Schutz des gutgläubigen Erwerbs reicht, wie schon früher erwähnt, weiter als der des BGB. § 932 ff. und HGB. § 366. Bei den skripturrechtlichen Wertpapieren heilt der gute Glaube alle Mängel des materiellen Begebungsvertrages, also den Mangel des Eigentums,

---

138) Alexander, S. 86.

139) Strohal, Sukzession S. 255 Nr. 10, Iherings Jahrbücher 38, 960.

140) K. Adler, Warrants, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften S. 665.

141) Staub, HGB. § 365, Anm. 10.

142) Heymann, S. 233.

143) Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB., § 424.

144) Heymann, S. 231.

der Verfügungsbefugnis, der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers.[145]) Der Indossatar erwirbt das Recht so, wie es verbrieft ist, unabhängig davon, wie es dem Indossanten zustand, mag es sich auch um ein gestohlenes oder abhanden gekommenes Papier handeln.[146])

Gegenüber Staub sind Düringer-Hachenburg[147]) der Ansicht, daß dem Art. 74 WO. nicht eine so weitgehende Bedeutung zukomme. Nicht die Mängel des Rechtsgeschäfts, durch welches der Indossatar das Orderpapier erwirbt, heile der gute Glaube, sofern nur der formelle Akt der Indossierung vorliege, sondern Art. 74 WO. beziehe sich nur auf die dem letzten Indossament vorhergehenden Indossamente, wie der Hinweis auf Art. 36 WO. beweise. „Nur insoweit er die Rechte des Indossanten an der Urkunde als vorhanden annahm, die in Wahrheit fehlten, heilt der gute Glaube diesen Mangel.“ Demgegenüber muß gesagt werden, daß gerade die Verweisung des Art. 74 auf Art. 36 die Meinung Staubs stützt. „Denn Art. 36 WO. spricht nicht von einer bis auf den Indossanten heruntergehenden Kette von Indossamenten“ — wie Düringer-Hachenburg meinen —, „sondern von einer bis auf den letzten Indossatar, den Wechselinhaber, heruntergehenden Kette von Giros“.[148]) Düringer-Hachenburgs Angriff ist also zurückzuweisen und nach wie vor daran festzuhalten, daß nach Art. 74 WO. durch den guten Glauben sämtliche Mängel des Begebungsvertrages geheilt werden.

Nun will Staub, wie vordem Strohal und Adler dafür eingetreten sind, einen Parallelismus zwischen Papier- und Warenerwerb eintreten lassen. Schon Goldschmidt[149]) hat einen solchen Parallelismus behauptet und darauf hingewiesen, daß es dem dringenden Interesse des Großhandels entspräche, wenn der Erwerber an den Waren immer dasselbe Recht erwürbe, das er an dem Papier erhielte. Folgt man der Ansicht Staubs,[150]) so muß man annehmen, daß auch an gestohlenen und verlorenen Waren ein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich ist, weil ja ein Eigentumserwerb auch am gestohlenen Papier gemäß Art. 74 WO. eintreten kann. Der gutgläubige Erwerber ist hiernach erheblich günstiger gestellt, als wenn er die Waren durch körperliche Uebergabe

145) Staub, HGB., Anm. 9 zu § 365.
146) Brunne, Wertpapiere S. 191. — Gierke, Wertpapiere S. 148.
147) Düringer-Hachenburg, § 365 Anm. 6, Bd. 2.
148) Staub, WO. Art. 74 § 3.
149) Goldschmidt, Handbuch S. 825.
150) Staub, HGB. § 365 Anm. 10.

erlangt hätte. Irrtum über die Geschäftsfähigkeit sowie ein solcher über die Verfügungsbefugnis eines Nichtkaufmanns schadet ebenfalls nicht, da ja nach dem hier in Betracht kommenden Art. 74 WO. durch den guten Glauben **jeder** Mangel des Veräußerungsgeschäfts gedeckt wird. Nimmt man einen solchen Parallelismus aber nicht an, so muß man, da für den Erwerb von dinglichen Rechten an den Waren die Vorschriften des BGB. §§ 932 ff. in Anwendung gelangen, während für den gutgläubigen Erwerb des Lagerscheines Art. 74 WO. maßgebend ist, notwendigerweise zu einer Divergenz zwischen Papier- und Warenerwerb kommen.[151]) Es kann also der Fall eintreten, daß der Erwerber eines gestohlenen Lagerscheins wegen seines guten Glaubens gegen eine Vindikation des Scheines geschützt wird, aber die gestohlenen Waren herausgeben muß.

Feige[152]) hält einen Parallelismus zwischen Papier- und Warenerwerb auf Grundlage der absoluten Theorie für konstruierbar. Er geht dabei von dem schon von Alexander vertretenen Standpunkt aus, daß der Schein Träger nicht allein des obligatorischen Herausgabeanspruchs, sondern auch des Eigentumsrechts an dem gelagerten Gut ist. Im § 364 HGB. heiße es, daß durch Indossament alle Rechte **aus** dem indossierten Papier auf den Erwerber übergingen. Das Eigentumsrecht sei ein Recht **aus** dem Papier, mithin könne es keine Divergenz zwischen Rechten an und aus dem Papier geben.

Auch Feige kann nicht aus der Schwierigkeit heraushelfen. Er geht in seiner Ausführung von dem falschen Standpunkt aus, daß das Eigentumsrecht an der Ware ein Recht **aus** dem Papier ist. Schon bei anderer Gelegenheit ist darauf hingewiesen worden, daß das Eigentumsrecht an den Waren kein Recht aus dem Papier, sondern ein Anspruch ist, der unabhängig von dem im Papier verbrieften Recht lediglich durch die Begebung des indossierten Scheins entsteht.

So wünschenswert ein Parallelismus zwischen Papier- und Warenerwerb erscheint, so darf man ihn doch nicht ohne weiteres als vom Gesetz gewollt annehmen. Die Vertreter der relativen Theorien[153]) haben die Annahme eines Parallelismus immer als unzulässig bekämpft. Der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 HGB. rechtfertigt eine solche Annahme

---

151) Heymann, S. 231.

152) Feige, S. 37/38.

153) Cosack, Handelsrecht S. 430; Boyens, S. 330 ff.; Schaps zu § 647 S. 508 Nr. 3.

auch nicht. Es heißt dort, die Papierbegebung hat für den Rechtserwerb dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes. Daraus darf nun nicht gefolgert werden, daß für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten die Papierbegebung eine bedeutend stärkere Wirkung äußern solle, als eine bloße Uebergabe des Gutes es tun würde.[154]) Die allgemeinen Vorschriften des BGB. behalten vielmehr Geltung. Es muß also auch § 935 BGB. zur Anwendung gelangen. Dieser Paragraph schließt die gestohlenen, verlorenen und abhanden gekommenen Sachen von der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs aus, wenn es sich nicht um Geld, Inhaberpapiere oder im Wege öffentlicher Versteigerung erlangte Sachen handelt.

Während der Begriff der gestohlenen und verlorenen Sache ohne weiteres klar ist, herrscht bezüglich der Begriffsbestimmung der abhanden gekommenen Sache keine Einigkeit. Es kommt hier nicht so sehr auf das Moment der wissentlichen oder freiwilligen Hingabe, als auf das des Willens des Aufgebenden an.[155]) „Abhanden gekommen ist eine Sache, die ohne den Willen jemandes aus dessen Innehabung entrückt ist".[156]) Darunter fallen also gestohlene, verlorene, geraubte, nicht dagegen die auf dem Wege des Betrugs, der Unterschlagung und der Drohung erlangten Sachen.[157]) Hat der Eigentümer einer Sache deren unmittelbaren Besitz einem anderen übertragen und veräußert dieser andere die Sache, so kann der Eigentümer diese Sache vom gutgläubigen Erwerber nicht vindizieren, da er ja seinerzeit den Besitz der Sache willentlich aufgegeben hat. Ist jemand durch Täuschung zur Aufgabe des Besitzes veranlaßt worden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der rechtsgeschäftliche Wille des Aufgebenden ungehörig beeinflußt worden ist, aber dieser Wille ist trotzdem solange vorhanden, bis er durch Anfechtung zunichte gemacht wird. Weil im Falle der Täuschung eine willentliche Aufgabe stattgefunden hat, kann die so aufgegebene Sache nicht als abhanden gekommen angesehen werden. Die bloße Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts drückt einer Sache noch nicht den Makel einer abhanden gekommenen auf.[158]) Das ändert sich auch nicht, wenn das Rechtsgeschäft später wirklich angefochten wird. In dem Falle muß

[154]) Vgl. hierzu Schnabel, S. 45.

[155]) Dernburg, BR. III, 284; Planck, BGB. III zu § 935.

[156]) Fuld, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 89 S. 405.

[157]) Staudinger, Kommentar zum BGB. zu § 935.

[158]) Staub, § 366 Anm. 46; Gierke, Fahrnisbesitz S. 25; Biermann, SR. zu § 935.

der Erwerber, wenn er die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts kannte oder kennen mußte, gemäß § 142 BGB. die eingetretene Nichtigkeit gegen sich gelten lassen.[159]) Aber als abhanden gekommen darf die übertragene Sache deswegen noch nicht angesehen werden.

Verliert oder unterschlägt ein Besitzdiener (§ 855 BGB.) Sachen seines Besitzherrn, die er im Gewahrsam hat, so sind diese Sachen in jedem Falle dem Besitzherrn abhanden gekommen, denn hier ist der Besitzverlust des Besitzherrn immer ein unfreiwilliger.[160])

Abgesehen vom Ausnahmefall des § 935 BGB. tritt nach dem BGB. §§ 932 ff. der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ein, wenn sich der gute Glaube des Erwerbers auf die Eigentümereigenschaft des Veräußerers bezog. Es genügt, daß der Erwerber annahm, sein Vormann habe gutgläubig erworben. Denn in dem Falle sieht er ja den Vormann als Eigentümer an. Im Falle des § 936 BGB. muß der gute Glaube darauf gerichtet sein, daß der Eigentümer über lastenfreies Eigentum zu verfügen berechtigt ist. Eine Erweiterung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs tritt nach HGB. § 366 ein. Hier genügt guter Glaube bezüglich der Verfügungsbefugnis des Veräußerers, der als Nichteigentümer erkannt ist. Allerdings ist die Anwendung des § 366 HGB. an zwei Voraussetzungen geknüpft: der Verfügende muß ein Kaufmann, und die Verfügung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt sein. Die Kaufmannseigenschaft des Veräußerers kann sich nach §§ 1, 2, 3 Abs. 2, § 4, § 5 HGB. bestimmen.[161]) Wenn der Veräußerer nur kaufmännisch auftritt und deshalb als Kaufmann angesehen werden muß, so genügt dies ebenfalls unter der Voraussetzung, daß der Erwerber nach verkehrsüblichen Anschauungen die Kaufmannsqualität annehmen konnte.[162]) Ob eine Veräußerung im Betriebe des Handelsgewerbes vorliegt, richtet sich nach § 343 HGB. Gemäß § 344 HGB. greift aber bei jedem von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäft die Vermutung Platz, daß es zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

Daß Art. 74 WO. den weitesten Schutz des gutgläubigen Erwerbs gewährt, ist schon oben ausgeführt worden.

159) Staub, § 366 Anm. 47.
160) Vgl. Cosack, BR. II § 198, IV 2a. Planck, BGB. III zu § 856.
161) Staub, § 366 Anm. 18.
162) Staub, Exkurs zu § 5 HGB.

Lebenslauf.

Ich, Erich Laube, bin geboren am 17. Januar 1890 zu Beuthen OS. als Sohn des damaligen städtischen Hauptrendanten, jetzigen Kassendirektors a. D. Robert Laube. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und evangelischer Konfession. Ich besuchte von 1896 bis 1900 die evangelische Elementarschule in Beuthen OS. und von April 1900 bis April 1909 das humanistische Gymnasium daselbst, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ, um auf den Universitäten Breslau (3 Semester) und Rostock i. M. (3 Semester) Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren. Am 15. November 1912 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut" und am 10. Januar 1913 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau das Rigorosum. Mit meiner Vereidigung am 4. Dezember 1912 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst und bin zurzeit am Kgl. Landgericht in Hirschberg beschäftigt. Vom 1. Oktober d. J. ab werde ich meiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger im Jägerbataillon von Neumann (1. Schles.) Nr. 5 in Hirschberg genügen.